

Posto, difatti, che nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, utilizzata come criterio non automatico di aggiudicazione di un pubblico appalto, l'Amministrazione appaltante, in quanto non vincolata a criteri automatici, deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità organizzativa, le caratteristiche funzionali, le concrete modalità di svolgimento del servizio, le attrezzature tecniche, l'organizzazione del servizio, ecc.) che siano indicativi della qualità del servizio offerto, consentendo di valutare l'offerta secondo criteri riferiti anche agli elementi tecnici della stessa, la formulazione delle offerte non può che avvenire sulla base della analitica considerazione di tutti gli elementi e le condizioni del servizio da svolgere, nel loro complesso, come indicati dalla disciplina di gara, sulla cui base elaborare un'offerta qualitativamente apprezzabile ai fini della attribuzione del relativo punteggio ed in relazione alla quale calibrare l'offerta economica, che dovrà resistere all'eventuale giudizio di anomalia.

Peraltro, le modifiche dell'oggetto del contratto, come determinate dalla riduzione degli stanziamenti originariamente predisposti a copertura finanziaria dell'appalto, inficiano le valutazioni effettuate, ai fini dell'attribuzione del punteggio, delle offerte tecniche ed economiche, in quanto frutto di un apprezzamento di un complesso di elementi che, una volta modificati o ridotti, possono non risultare più attendibili in relazione alla qualità dell'offerta ed all'equilibrio complessivo della stessa, avuto riguardo a talune voci e punti che compongono l'offerta tecnica e ne integrano il contenuto, da considerare come un unicum, con conseguente pregiudizio per la par condicio e la correttezza dell'azione amministrativa.

Sotto altro profilo, denuncia parte ricorrente come l'Amministrazione della Difesa, con la riapertura della gara, nello stabilire di richiedere la conferma dell'offerta all'aggiudicatario provvisorio e, in caso di non accettazione da parte di questi delle nuove condizioni, di interpellare l'offerente che segue in graduatoria, abbia in realtà indetto una procedura negoziata nei confronti di soggetti, già selezionati sulla base di diverse condizioni di aggiudicazione, al di fuori delle ipotesi in cui tale tipo di procedura è consentita, procedendo ad una rinegoziazione delle offerte sulla base delle modifiche delle condizioni di fatto poste a base della gara iniziale.

l'interesse ad agire in tema di impugnazione di atti di gara deve riconoscersi non solo quando dall'annullamento derivi un vantaggio diretto e immediato, ma anche quando, come nella specie, il vantaggio sia successivo ed eventuale, ossia nel caso in cui il chiesto annullamento sia meramente strumentale ad un'ulteriore e rinnovatoria attività della stazione appaltante, in esito alla quale si realizzano nuove chance di partecipazione e non possa escludersi che il ricorrente resti aggiudicatario (ex plurimis: Cons. Stato - Sez. V - 9 giugno 2008 n. 2878), potendo trovare ingresso, ai fini dell'integrazione del presupposto processuale dell'interesse ad agire, anche un interesse di natura meramente strumentale, ancorato alla rinnovazione integrale dell'attività amministrativa cassata in sede giurisdizionale, con conseguente possibilità di partecipazione e di aggiudicazione.

Essendo pertanto, per come prospettata la posizione della società ricorrente, le censure dalla stessa dedotte idonee a determinare, in caso di loro accoglimento, l'utilità strumentale della rinnovazione della procedura alla luce dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al contenuto precettivo della sentenza, come circoscritto al riesercizio del potere censurato emendato dai vizi riconosciuti in sentenza, assume rilievo, nella fattispecie in esame, l'interesse strumentale alla rinnovazione satisfattiva dell'azione amministrativa censurata, mirante al potenziale effetto favorevole che potrebbe derivare dalla nuova gara e dalla nuova valutazione della propria offerta attraverso la chance di nuova partecipazione e di conseguimento dell'utilità finale.

Un siffatto comportamento è elusivo dei principi che impongono alle pubbliche amministrazioni di procedere alla scelta dei contraenti attraverso procedure concorsuali, pubbliche o ristrette, nel rispetto della vincolatività delle prescrizioni contenute nella disciplina di gara, non modificabili in corso di gara, integrando altresì una violazione del principio di par condicio dei partecipanti, che non sono stati messi tutti nella medesima condizione di presentare offerta in relazione al medesimo oggetto cui la gara, successivamente alla sua riapertura, si riferisce, non consentendo ad essi di presentare offerta per il reale e definitivo oggetto di appalto.

Risulta, quindi, evidente come la modifica di un significativo elemento dell'offerta, così dettagliatamente enucleata dalla *lex specialis* di gara, comportante la modifica riduttiva del corrispettivo e del numero di enti cui il servizio deve riferirsi, sia di per sé idonea a mutare le condizioni di fatto e gli elementi essenziali che avevano condotto alla formulazione delle offerte, alla loro valutazione ai fini dell'assegnazione del punteggio ed alle aggiudicazioni provvisorie medio tempore effettuate.

Stante, quindi, la rilevata impossibilità, per la stazione appaltante, di procedere alla aggiudicazione della gara, in relazione ai vari lotti, alle condizioni inizialmente fissate – a fronte della intervenuta riduzione del relativo stanziamento economico e della esclusione dalla gara degli enti ricadenti nell'ambito dell'Esercito – non poteva essa fare ricorso allo strumento della riapertura della gara previa riduzione del relativo oggetto rispetto a quanto inizialmente fissato, postulando il mutamento dell'oggetto dell'appalto una modifica, a procedura avanzata e successivamente alla apertura delle offerte, delle offerte stesse, indubitabile essendo che la riduzione dell'importo dell'appalto e degli enti cui il servizio si riferisce altera l'equilibrio delle offerte come formulate in base a diversi parametri, altresì inficiando la valutazione, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, delle stesse come riferite all'originario oggetto, con lesione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza e par condicio tra i concorrenti.

Nel ricordare parte ricorrente la previsione di cui al bando di gara, secondo cui possono essere presentate domande per i lotti fino ad un valore complessivo non eccedente il limite massimo della fascia di classificazione del volume di affari, e nel precisare che, in base alla fascia di classificazione posseduta, ha potuto presentare offerta per due soli lotti, denuncia l'illegittimità della sopravvenuta modifica delle condizioni dell'appalto quale effetto della riduzione dell'importo a circa euro 20.000.000 – con riferimento al quale la ricorrente avrebbe potuto partecipare a tutti i lotti – invocando il vincolo discendente dalla *lex specialis* e la preclusione alla possibilità di modificare le condizioni di aggiudicazione in corso di procedura e sostenendo che, una volta ravvisata l'impossibilità di aggiudicazione alle condizioni economiche iniziali, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere all'annullamento della gara ed alla indizione di una nuova selezione.

Oltre a denunciare, altresì, il mancato rispetto delle regole che presiedono alla adozione del *contrarius actus*, che richiedono l'osservanza delle stesse modalità dell'atto da modificare, ricorda parte ricorrente come, ai sensi della lettera di invito, fosse consentito modificare il valore dei lotti solo in fase di esecuzione dei servizi, con conseguente preclusione di tale possibilità in fase di aggiudicazione.

Nel ricordare, parte ricorrente, come la modifica delle condizioni di aggiudicazione imponeva la rinnovazione integrale della gara, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e par condicio, stante la già intervenuta apertura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti, afferma, inoltre, la non attendibilità delle graduatorie in quanto redatte sulla base di offerte formulate in relazione alle originarie condizioni di gara, comprendenti gli enti dell'Esercito.

Cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Negativamente delibata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, ed avuto riguardo ai profili inerenti il merito dello stesso, ritiene il Collegio - anticipando le conclusioni che, alla luce delle considerazioni che si andranno ad esporre, intende trarre - di dover delibare nel senso della sua fondatezza.

Come già sopra accennato, l'Amministrazione della Difesa ha proceduto alla riapertura della gara - sospesa per sopravvenuta riduzione della copertura finanziaria in relazione agli importi originari ed in attesa della verifica della consistenza dei nuovi stanziamenti - stabilendo un diverso ed inferiore importo complessivo dei lotti, ridotto da € 62.591.616 a € 22.400.244, e stralciando da tutti i lotti gli enti e distaccamenti dell'Esercito, per i quali è venuta a mancare la copertura finanziaria, cosicché la gara è stata limitata agli enti dell'Aeronautica, dello Stato Maggiore della Difesa e del Segretariato Generale della Difesa.

Trattasi di circostanza che - intervenuta nel corso della procedura, allorché era stata già determinata l'aggiudicazione provvisoria per alcuni lotti ed erano state aperte le offerte per gli altri - va riguardata e decisa anche alla luce del criterio di aggiudicazione prescelto per la gara in questione, basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione, secondo quanto stabilito dalla lettera di invito, di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica.

Avuto riguardo all'oggetto della gara ed alla tipologia del servizio da affidare, è indubitabile che le offerte siano state formulate in relazione alla consistenza, non solo economica, dei lotti come determinata dal numero di enti ricompresi nei singoli lotti, dal numero dei locali, dalla loro tipologia, dalla loro dislocazione, dalla loro superficie, alla cui completa e puntuale conoscenza da parte degli offerenti è peraltro finalizzato l'obbligo di sopralluogo previsto dalla disciplina di gara.

E', dunque, in relazione a tutte le componenti dei singoli lotti che le offerte sono state elaborate, sotto il profilo tecnico, con indicazione del sistema organizzativo di fornitura del servizio, delle attrezzature utilizzate e delle metodologie tecnico-operative, come richiesto dalla lettera di invito, la valutazione dei cui costi costituisce elemento fondamentale per l'elaborazione dell'offerta economica, peraltro soggetta a verifica di anomalia.

Ne consegue che la modifica operata dalla resistente Amministrazione in sede di riapertura della gara - mediante riduzione dell'importo complessivo dei lotti e lo stralcio dagli stessi degli enti dell'Esercito - si traduce in una modifica dell'oggetto della gara stessa, in quanto va ad incidere sulla consistenza dei lotti come inizialmente fissata ed in relazione alla quale sono state formulate le offerte, determinando peraltro la non affidabilità delle stesse in quanto parametricate alle diverse precedenti condizioni.

Nella fattispecie in esame, è indubbio che la riduzione dell'importo complessivo della gara - e quindi degli importi riferiti ai singoli lotti - e l'esclusione dalla gara di tutti gli enti ricadenti nella competenza dell'Esercito, prima ivi ricompresi, si atteggi quale sostanziale e rilevante modifica dell'oggetto del contratto, sia sotto il profilo del prezzo che sotto il profilo della consistenza della prestazione, determinando in sostanza, oltre che una modifica dell'offerta, un affidamento diverso rispetto a quello che aveva costituito oggetto di apposita selezione ad evidenza pubblica.

Sul punto, deve difatti essere valorizzata la considerazione della intervenuta nuova determinazione dei parametri concretizzanti il servizio - avuto riguardo al numero di edifici, con conseguente riduzione dell'estensione delle superfici e delle frequenze degli interventi - che sono stati posti a base della elaborazione delle offerte sia tecniche che economiche presentate dai partecipanti, con conseguente alterazione del valore dell'appalto, e, in definitiva, della entità delle offerte, determinando una diversa quantificazione delle obbligazioni reciproche in sede di svolgimento del rapporto contrattuale.

Viene, in tal modo, effettuata una rinegoziazione degli elementi del contratto da stipulare, aventi natura essenziale e rilevante.

Ed infatti, attraverso la riduzione dell'importo dell'appalto e del numero degli enti cui il servizio si riferisce, viene modificato l'oggetto dell'appalto nonché il contenuto delle offerte presentate, laddove non è invece consentito, alla luce dei principi di trasparenza e di par condicio tra i partecipanti, alle Amministrazioni appaltanti rinegoziare con l'offerente o con il soggetto prescelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica gli elementi fondamentali del contratto, tra cui sono da comprendere senz'altro l'oggetto dell'appalto ed il relativo prezzo, in quanto attraverso una successiva modulazione di questi, in sostanza, si determina uno svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per qualità o quantità, tali da alterare irrimediabilmente la procedura di gara, il contenuto delle offerte e gli stessi risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente sulla base di presentazione di offerte correttamente riferite agli effettivi elementi dell'appalto.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 7512 del 24 luglio 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma ed in particolare il seguente passaggio:

< Secondo consolidato e pacifico orientamento giurisprudenziale (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato – Sez. VI – 15 gennaio 2009 n. 157), le prescrizioni contenute nei bandi di gara sono vincolanti e, in quanto tali, non sono suscettibili di modificazione né di libera valutazione nella loro interpretazione, atteso che, diversamente, verrebbero violati i principi di parità di condizione dei concorrenti, la quale risulterebbe pregiudicata ove si consentisse la successiva modifica delle regole o dell'oggetto di gara cristallizzate nella lex specialis, tanto che rispetto al bando di una gara di appalto, che è atto amministrativo a carattere normativo, lex specialis della procedura, neanche l'eventuale jus superveniens di abrogazione o di modifica di clausole spiega effetti innovativi, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato – Sez. V - 21 aprile 2006 n. 2260; 18 settembre 2002 n. 4752), con la conseguenza che la capacità di agire degli organismi pubblici nei rapporti contrattuali è strettamente collegata allo svolgimento delle procedure, come predeterminate dalla legge regolante lo specifico settore dei pubblici appalti e dalla disciplina dettata dalla lex specialis di gara.

Con la conseguenza dell'obbligo per le Amministrazioni appaltanti di seguire i procedimenti nei quali si cristallizza la volontà dell'Ente, stante l'inderogabilità delle disposizioni che scandiscono la procedura, con la ulteriore conseguenza che la medesima volontà, così come deve manifestarsi secondo tali procedure, parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e,

di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti.

Ciò in quanto il principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate dalla Pubblica Amministrazione impone che le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati, stante la natura di norme imperative delle disposizioni che tali procedure regolamentano.

Al di fuori, quindi, dei limiti indicati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le Amministrazioni devono attenersi nel contrattare ed al di fuori delle prescrizioni dettate dalla *lex specialis* di gara non vi è, pertanto, capacità di disporre la modifica delle regole o dell'oggetto della procedura, che possa essere utilmente esercitata dall'Amministrazione, altrimenti versandosi in ipotesi di illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica, oltre che in violazione delle regole di matrice comunitaria di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle pubbliche gare.>

Ma non solo

< Aggiungasi che, a fronte del mutamento dell'oggetto del contratto, in luogo di procedere alla riapertura della gara con rideterminazione del relativo oggetto, l'Amministrazione ben avrebbe potuto agire in autotutela mediante annullamento della gara (come peraltro ritenuto più corretto nel parere dell'Avvocatura dello Stato richiamato nel gravato decreto), il che avrebbe consentito una riedizione della stessa in modo che le imprese del settore, attraverso nuova lettera di invito, sarebbero state messe nelle condizioni di partecipare, con la possibilità, attraverso lo svolgimento di altro procedimento concorsuale, di una diversa platea di concorrenti e della formulazione delle offerte in modo congruente con il reale oggetto dell'appalto, di una diversa conclusione nella fase della scelta.

Le svolte considerazioni inducono a ritenere l'illegittimità dell'adottato provvedimento di riapertura della gara previa fissazione di un nuovo e ridotto importo e riduzione del numero di enti cui il servizio si riferisce e, stante la natura e la valenza dei valori implicati, come sopra individuati nella par condicio tra i concorrenti e nei principi di correttezza, trasparenza ed imparzialità dell'azione

amministrativa, recedono rispetto ad essi le motivazioni poste a sostegno del modus procedendi seguito dall'Amministrazione, come connesse all'interesse pubblico di assicurare il servizio e di conservare gli atti posti in essere ed alla economicità dei prezzi spuntati in sede di gara.>

A cura di Sonia LAzzini

N. 07514/2009 REG.SEN.
N. 04284/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4284 del 2009, proposto da:
RICORRENTE 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Clarizia ed elettivamente domiciliata presso
lo studio legale di questi sito in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso il cui Ufficio
sito in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è, ope legis, domiciliato;

nei confronti di

- CONTROINTERESSATO -, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
- CONTROINTERESSATO DUE Service S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- CONTROINTERESSATO TRE S.p.a. ora CONTROINTERESSATO TRE Group Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Innocenzo Militerni, dall'Avv. Massimo Militerni e dall'Avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultimo sito in Roma, Viale Mazzini, 113;
- Coop. CONTROINTERESSATO QUATTRO. soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
- CONTROINTERESSATO CINQUE ****.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto M. Bruni e Orsola Cortesini, con domicilio eletto presso Alberto M. Bruni in Roma, via Carducci,4;
- G.S.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del Decreto del Ministero della Difesa, Direzione Generale di Commissariato e dei Servizi Generali, di riapertura della gara relativa alla procedura ristretta accelerata, in ambito UE, per l'appalto del servizio di pulizia locali e prestazioni accessorie presso enti, distaccamenti e reparti della Difesa dislocati sul territorio nazionale; di tutti gli atti menzionati nel suddetto Decreto, ivi compresi i pareri dell'Avvocatura, la determina a contrarre, e tutte le note dei Comandi Logistici dell'aeronautica, dell'Esercito, dello Stato Maggiore della Difesa e del Segretariato Generale della Difesa;

- della comunicazione via fax del 24 marzo 2009 con la quale si rendeva nota la riapertura della gara;
- della comunicazione via fax del 15 maggio 2009 di convocazione della seduta della Commissione in data 20 maggio 2009;
- di tutti i verbali di gara e di tutte le comunicazioni del R.U.P.;
- del bando di gara pubblicato nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2007/S 194 del 9.10.2007 e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 119 del 12 ottobre 2007, della lettera di invito n. prot. 3/5757 del 12.12.2007 e di tutti gli atti facenti parte della stessa "lex specialis";
- di tutti gli atti connessi, conseguenti e presupposti, ivi comprese le eventuali aggiudicazioni provvisorie e/o definitive nonché i contratti eventualmente stipulati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATO CINQUE Service S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATO TRE Group Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Vista l'ordinanza n. 2497/2009;

Visto il dispositivo di sentenza n. 251/2009 di accoglimento del ricorso;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2009 il Consigliere Elena Stanizzi e uditi, per parte ricorrente, l'avv. Angelo Clarizia; per la società

CONTROINTERESSATO TRE Group l'avv. Alessandra Martini, con delega dell'avv. Massimo Militerno; per la società CONTROINTERESSATO CINQUE Service l'avv. Alberto M. Bruni.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Espone in fatto la società odierna ricorrente di aver partecipato alla gara relativa alla procedura ristretta accelerata, in ambito U.E., per l'appalto del servizio di pulizia locali e prestazioni accessorie presso enti, distaccamenti e reparti della Difesa dislocati sul territorio nazionale, suddivisa in 20 lotti su base regionale, da affidarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo di euro 65.591.616, presentando offerte per i lotti 19 e 20.

Successivamente alla redazione delle graduatorie ed all'aggiudicazione provvisoria per alcuni dei lotti, l'Amministrazione procedente ha pubblicato, in data 12 dicembre 2008, avviso di sospensione del procedimento a causa della insufficienza degli stanziamenti sul pertinente capitolo di bilancio per l'esercizio finanziario 2009, al fine di verificare l'entità del finanziamento effettivamente disponibile.

Con il gravato decreto del 19 marzo 2009 l'Amministrazione della Difesa ha proceduto alla riapertura del procedimento di gara sulla base dei diversi ed inferiori stanziamenti finanziari, per un importo complessivo di euro 22.400.244 riferito agli enti precedentemente indicati, con esclusione dell'Esercito, disponendo di procedere ad informare le ditte non escluse della riapertura della gara e della modifica della consistenza dei lotti in funzione della limitata copertura finanziaria, e di chiedere la conferma dell'offerta ai soggetti risultati provvisoriamente aggiudicatari, consultando, in caso di diniego, la società che succede in graduatoria in relazione ai singoli lotti.

L'Amministrazione ha, dunque, proceduto alla convocazione delle sedute della commissione di gara al fine porre in essere i dovuti adempimenti in relazione allo stato del procedimento riferito ai vari lotti.

Avverso i gravati provvedimenti deduce la società ricorrente i seguenti motivi di censura:

I - Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare pubbliche. Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di rinnovazione delle fasi di gara. Violazione del principio del 'contrarius actus'. Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e par condicio. Violazione e falsa applicazione di ogni norma della lex specialis di gara. Violazione di ogni principio in materia di autotutela. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Nel ricordare parte ricorrente la previsione di cui al bando di gara, secondo cui possono essere presentate domande per i lotti fino ad un valore complessivo non eccedente il limite massimo della fascia di classificazione del volume di affari, e nel precisare che, in base alla fascia di classificazione posseduta, ha potuto presentare offerta per due soli lotti, denuncia l'illegittimità della sopravvenuta modifica delle condizioni dell'appalto quale effetto della riduzione dell'importo a circa euro 20.000.000 – con riferimento al quale la ricorrente avrebbe potuto partecipare a tutti i lotti – invocando il vincolo discendente dalla lex specialis e la preclusione alla possibilità di modificare le condizioni di aggiudicazione in corso di procedura e sostenendo che, una volta ravvisata l'impossibilità di aggiudicazione alle condizioni economiche iniziali, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere all'annullamento della gara ed alla indizione di una nuova selezione.

Oltre a denunciare, altresì, il mancato rispetto delle regole che presiedono alla adozione del *contrarius actus*, che richiedono l'osservanza delle stesse modalità dell'atto da modificare, ricorda parte ricorrente come, ai sensi della lettera di invito, fosse consentito modificare il valore dei lotti solo in fase di esecuzione dei servizi, con conseguente preclusione di tale possibilità in fase di aggiudicazione.

II - Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare pubbliche. Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e *par condicio*. Violazione e falsa applicazione di ogni norma della *lex specialis* di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Nel ricordare, parte ricorrente, come la modifica delle condizioni di aggiudicazione imponeva la rinnovazione integrale della gara, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio*, stante la già intervenuta apertura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti, afferma, inoltre, la non attendibilità delle graduatorie in quanto redatte sulla base di offerte formulate in relazione alle originarie condizioni di gara, comprendenti gli enti dell'Esercito.

III - Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare pubbliche. Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di rinnovazione delle fasi di gara. Violazione del divieto di rinegoziazione delle offerte. Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e *par condicio*. Violazione degli artt. 56 e 57 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione di ogni norma della *lex specialis* di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Sotto altro profilo, denuncia parte ricorrente come l'Amministrazione della Difesa, con la riapertura della gara, nello stabilire di richiedere la conferma dell'offerta all'aggiudicatario provvisorio e, in caso di non accettazione da parte di questi delle nuove condizioni, di interpellare l'offerente che segue in graduatoria, abbia in realtà indetto una procedura negoziata nei confronti di soggetti, già selezionati sulla base di diverse condizioni di aggiudicazione, al di fuori delle ipotesi in cui tale tipo di procedura è consentita, procedendo ad una rinegoziazione delle offerte sulla base delle modifiche delle condizioni di fatto poste a base della gara iniziale.

IV - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Contesta parte ricorrente le motivazioni, riportate nel gravato decreto, poste a sostegno della disposta riapertura della gara, significando come questa non possa trovare valido fondamento nel principio di conservazione degli atti, che non può assumere valore preminente a fronte di vizi di illegittimità che impongono l'attivazione dei poteri di autotutela, o nella economicità dei prezzi spuntati in sede di gara.

V - Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare. Violazione e falsa applicazione dei principi di tempestività ed economicità delle aggiudicazioni. Violazione e falsa applicazione dei principi della continuità, della concentrazione e della celerità delle operazioni concorsuali. Violazione della lex specialis di gara. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Nel ricordare l'eccessiva ed abnorme durata della procedura di gara - circa 19 mesi - denuncia parte ricorrente la violazione del principio di continuità delle operazioni concorsuali, che può subire deroghe solo in determinate e limitate situazioni, con

contestuale violazione degli ulteriori principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

VI - Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e 2 della legge n. 241 del 1990. Violazione e falsa applicazione del D.M. 16 settembre 1993 n. 603. Violazione e falsa applicazione dei principi di tempestività ed economicità delle aggiudicazioni. Violazione di legge. Eccesso di potere; sviamento; contraddittorietà manifesta; illogicità; irragionevolezza; difetto di istruttoria; perplessità.

Nel ricordare come per le procedure di gara, quale quella in esame, il termine per la conclusione del relativo procedimento è stabilito in 270 giorni, denuncia parte ricorrente l'intervenuto superamento di tale termine.

Con ordinanza n. 2497/2009, adottata nella camera di consiglio del 3 giugno 2009, è stata accolta la domanda incidentale di sospensione degli effetti dei gravati provvedimenti ed è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, l'udienza di trattazione del merito del ricorso, disponendo al contempo incombenti istruttori.

Si è costituita in resistenza l'intimata Amministrazione della Difesa rappresentata dall'Avvocatura dello Stato, lamentando, con riferimento alla citata ordinanza cautelare adottata, l'intervenuta soppressione del diritto di difesa e la soppressione della possibilità di contraddittorio in violazione dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, ritenendo superfluo spiegare attività difensiva tecnica.

La competente Direzione Generale del Ministero della Difesa, in ottemperanza alla richiesta istruttoria di cui alla citata ordinanza, ha depositato al fascicolo di causa dettagliata relazione e pertinente documentazione.

Si è costituita in resistenza la controinteressata CONTROINTERESSATO TRE Group Italia S.p.a (già CONTROINTERESSATO TRE S.p.a.) sostenendo, con articolate controdeduzioni, l'infondatezza del ricorso con richiesta di

corrispondente pronuncia, puntualmente contestando gli assunti ricorsuali ed eccependo l'assenza del pregiudizio lamentato da parte ricorrente in ordine alla preclusione alla possibilità di partecipazione ad ulteriori lotti per avere essa formulato offerte solo per due dei sei lotti cui era stata ammessa, così manifestando la propria carenza di interesse a partecipare a lotti diversi da quelli prescelti.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Morelli Service S.p.a., in proprio e quale mandataria di costituendo raggruppamento di imprese, eccependo, in via preliminare, il difetto di legittimazione della società ricorrente all'impugnativa per carenza di interesse, avendo essa presentato offerte solo per due lotti, cosicché la limitazione alla partecipazione ai vari lotti sarebbe conseguenza esclusiva della scelta della società stessa e non già delle previsioni del bando.

Avuto riguardo al merito delle censure ricorsuali proposte, la società controinteressata ne contesta, con articolate controdeduzioni, la fondatezza, avanzando richiesta di adozione di corrispondente pronuncia.

Con memoria successivamente depositata la società ricorrente ha puntualmente controdedotto a quanto ex adverso sostenuto, ulteriormente argomentando.

Alla Pubblica Udienza del 10 luglio 2009, la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

Con dispositivo di sentenza n. 251/2009, adottato ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, il ricorso è stato accolto.

DIRITTO

Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso, innanzitutto, il decreto – meglio descritto in epigrafe nei suoi estremi – con cui l'intimata Amministrazione della Difesa ha disposto la riapertura della gara relativa alla procedura ristretta accelerata, in ambito U.E., per l'appalto del servizio di pulizia

locali e prestazioni accessorie presso enti, distaccamenti e reparti della Difesa dislocati sul territorio nazionale, suddivisa in 20 lotti su base regionale, per un importo complessivo di € 62.591.616, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con estensione dell'impugnativa alle comunicazioni, ai verbali, alle aggiudicazioni provvisorie e a tutti gli atti connessi e conseguenti alla citata determinazione, ivi compreso il bando stesso.

In via preliminare, preme al Collegio prendere in esame le contestazioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato che, nel ritenere "superflua ogni impegnativa attività difensiva...in attesa di poter impugnare al Consiglio di Stato la sentenza che sarà pronunciata" ha lamentato, nella sua memoria, la 'soppressione del diritto di difesa' e 'la soppressione di qualsivoglia possibilità di contraddittorio' in denunciata violazione dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, per essere stata fissata la camera di consiglio del 3 giugno 2009 per l'esame dell'istanza cautelare proposta con il ricorso, in data 28 maggio 2009, ovvero quattro giorni prima del deposito del ricorso con la relata di notifica, avvenuto in data 1 giugno 2009.

Evidenzia nel dettaglio, la difesa erariale, la scansione temporale che ha caratterizzato la fase cautelare del giudizio, indicando come il ricorso sia stato notificato all'Avvocatura in data 22 maggio 2009, sia stata depositata copia del ricorso non notificato in data 27 maggio 2009, sia stato dato avviso all'Avvocatura di fissazione della camera di consiglio del 3 giugno 2009 solo in data venerdì 29 maggio, cui seguivano il sabato, la domenica e la festa della Repubblica del 2 giugno.

Osserva il Collegio, in merito alle sopra riportate contestazioni che, avendo l'Avvocatura dello Stato ricevuto la notifica del ricorso in data 22 maggio 2009, non è configurabile alcuna soppressione o violazione del diritto di difesa.

La fissazione della camera di consiglio prima del deposito del ricorso con le relate di notifica è coerente e rispondente alle esigenze di celerità dei processi inerenti

determinate materie, tra cui l'affidamento dei contratti pubblici, per i quali è previsto il dimezzamento di tutti i termini processuali ad eccezione di quelli per la proposizione del ricorso, fatta sempre salva la possibilità di differire la camera di consiglio già fissata per l'esame dell'istanza cautelare laddove non risulti il deposito delle relate di notifica e non possa quindi accertarsi l'integrità del contraddittorio.

Se dunque, in relazione alla predetta scansione temporale, nessuna violazione del diritto di difesa è ravvisabile nella fattispecie in esame avendo l'Avvocatura dello Stato ricevuto la notifica del ricorso in data 22 maggio 2009 ed essendo la camera di consiglio fissata per il 3 giugno 2009, parimenti non risulta soppressa la possibilità di contraddittorio nei confronti della parte pubblica, inconferente essendo ogni eccezione concernente le altre parti per mancanza di interesse.

Dovendo ulteriormente precisarsi, quanto alle contestazioni mosse dall'Avvocatura dello Stato, che l'impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione dei lotti 'se intervenuti' e dei contratti 'se stipulati', come espressamente riportato nel ricorso introduttivo del giudizio, non equivale ad intervenuta adozione dei medesimi.

Poste tali precisazioni imposte dalle contestazioni contenute nella memoria della difesa erariale, prima di procedere alla disamina delle ulteriori questioni afferenti la controversia in esame, ivi comprese quelle oggetto di specifica eccezione, preclusiva, in caso di suo accoglimento, della disamina nel merito del ricorso, giova preliminarmente procedere ad una breve illustrazione della vicenda su cui le stesse si innestano.

In tale direzione, va precisato che la gara in esame, indetta con bando pubblicato nell'ottobre 2007 per il servizio di pulizia degli organi dell'Esercito, dell'Aeronautica, del Segretariato Generale della Difesa e dello Stato Maggiore della Difesa, è stata sospesa dalla resistente Amministrazione della Difesa – in data 12 dicembre 2008 – successivamente alla redazione delle graduatorie ed all'aggiudicazione provvisoria di alcuni dei lotti, a seguito del decreto legge n. 112

del 2008, convertito in legge con legge n. 133 del 2008, e della conseguente riduzione della copertura finanziaria per il servizio oggetto di gara, con riserva di adozione di successive determinazioni in esito alla verifica dell'esatto ammontare della copertura finanziaria.

Con il gravato decreto del 19 marzo 2009, l'Amministrazione della Difesa ha proceduto alla riapertura del procedimento di gara rideterminando l'importo complessivo, sulla base dei diversi ed inferiori stanziamenti finanziari, in € 22.400.244, riferito agli enti precedentemente indicati ma con esclusione di tutti gli enti dell'Esercito (il quale ha ritirato il proprio finanziamento per la gara in questione), disponendo di informare le ditte non escluse della riapertura della gara e della modifica della consistenza dei lotti in funzione della limitata copertura finanziaria, di completare la redazione delle graduatorie e di chiedere la conferma dell'offerta ai soggetti risultati provvisoriamente aggiudicatari, consultando, in caso di loro diniego, la società che segue in graduatoria in relazione ai singoli lotti.

L'Amministrazione ha, così, proceduto alla convocazione delle sedute della commissione di gara al fine porre in essere i dovuti adempimenti in relazione allo stato del procedimento riferito ai vari lotti e a contattare le imprese provvisoriamente aggiudicatarie.

La società odierna ricorrente ha partecipato alla gara presentando offerte per i lotti 19 e 20, benché inviata a partecipare a 6 dei complessivi 20 lotti.

Alla luce di tale contesto, così brevemente sintetizzato, va preliminarmente esaminata l'eccezione, sollevata dalle società controinteressate costitutesi in giudizio, di inammissibilità del ricorso per asserita carenza di interesse all'impugnazione in capo alla società ricorrente, eccezione che viene articolata proprio in considerazione della avvenuta partecipazione di quest'ultima a due soli lotti benché invitata a partecipare a sei lotti, facendo discendere da tale circostanza la carenza di interesse alla partecipazione ad ulteriori lotti – e quindi alla

rinnovazione della gara – posto che la limitazione alla sua partecipazione sarebbe conseguenza esclusiva della scelta della società e non già delle previsioni del bando. Tale argomentare va coniugato con quanto affermato dalla società ricorrente la quale, nel richiamare la previsione di cui al bando di gara che limita la possibilità di presentare domande di partecipazione per i lotti fino ad un valore complessivo non eccedente il limite massimo della fascia di classificazione del volume di affari – in base alla quale la ricorrente ha potuto presentare offerta per due soli lotti in relazione alla fascia di classificazione posseduta – afferma che a fronte del modificato importo complessivo per i vari lotti, ridotto a circa € 20.000.000, avrebbe potuto partecipare a ciascuno di essi.

L'eccezione non è meritevole di accoglimento.

Considerato che la connotazione dell'interesse all'impugnazione deve ancorarsi alla dinamica dell'azione amministrativa oggetto di contestazione, altresì tenendo conto dell'obbligo conformativo discendente per l'Amministrazione dall'eventuale accoglimento del ricorso – che costituisce il parametro di misurazione della sussistenza e dell'attualità dell'interesse – va ricordato che la pretesa sostanziale azionata dalla società ricorrente, con l'impugnazione in esame, è volta ad ottenere l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di riapertura della gara, di cui viene denunciata l'illegittimità per una serie di profili, alcuni dei quali basati sull'assunto che, essendo intervenuta la modifica degli importi dei vari lotti, l'Amministrazione, una volta ravvisata l'impossibilità di aggiudicazione alle condizioni economiche iniziali, avrebbe dovuto procedere all'annullamento della gara ed alla indizione di una diversa procedura, stante la preclusione alla possibilità di modificazione delle condizioni di aggiudicazione in corso di procedura.

In relazione a tale profili di censura, il cui accoglimento comporterebbe l'annullamento del provvedimento di riapertura della gara, con conseguente obbligo per l'Amministrazione di indire una nuova gara, va ravvisata, in capo alla

società ricorrente, la sussistenza dell'interesse al ricorso, ancorato alla rinnovazione della gara ed alla possibilità di partecipazione a tutti i lotti.

Ed invero, l'interesse ad agire in tema di impugnazione di atti di gara deve riconoscersi non solo quando dall'annullamento derivi un vantaggio diretto e immediato, ma anche quando, come nella specie, il vantaggio sia successivo ed eventuale, ossia nel caso in cui il chiesto annullamento sia meramente strumentale ad un'ulteriore e rinnovatoria attività della stazione appaltante, in esito alla quale si realizzano nuove chance di partecipazione e non possa escludersi che il ricorrente resti aggiudicatario (ex plurimis: Cons. Stato – Sez. V – 9 giugno 2008 n. 2878), potendo trovare ingresso, ai fini dell'integrazione del presupposto processuale dell'interesse ad agire, anche un interesse di natura meramente strumentale, ancorato alla rinnovazione integrale dell'attività amministrativa cassata in sede giurisdizionale, con conseguente possibilità di partecipazione e di aggiudicazione.

Essendo pertanto, per come prospettata la posizione della società ricorrente, le censure dalla stessa dedotte idonee a determinare, in caso di loro accoglimento, l'utilità strumentale della rinnovazione della procedura alla luce dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al contenuto precettivo della sentenza, come circoscritto al riesercizio del potere censurato emendato dai vizi riconosciuti in sentenza, assume rilievo, nella fattispecie in esame, l'interesse strumentale alla rinnovazione satisfattiva dell'azione amministrativa censurata, mirante al potenziale effetto favorevole che potrebbe derivare dalla nuova gara e dalla nuova valutazione della propria offerta attraverso la chance di nuova partecipazione e di conseguimento dell'utilità finale.

Negativamente delibata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, ed avuto riguardo ai profili inerenti il merito dello stesso, ritiene il Collegio - anticipando le conclusioni che, alla luce delle considerazioni che si andranno ad esporre, intende trarre - di dover delibare nel senso della sua fondatezza.

Come già sopra accennato, l'Amministrazione della Difesa ha proceduto alla riapertura della gara – sospesa per sopravvenuta riduzione della copertura finanziaria in relazione agli importi originari ed in attesa della verifica della consistenza dei nuovi stanziamenti – stabilendo un diverso ed inferiore importo complessivo dei lotti, ridotto da € 62.591.616 a € 22.400.244, e stralciando da tutti i lotti gli enti e distaccamenti dell'Esercito, per i quali è venuta a mancare la copertura finanziaria, cosicché la gara è stata limitata agli enti dell'Aeronautica, dello Stato Maggiore della Difesa e del Segretariato Generale della Difesa.

Trattasi di circostanza che – intervenuta nel corso della procedura, allorquando era stata già determinata l'aggiudicazione provvisoria per alcuni lotti ed erano state aperte le offerte per gli altri - va riguardata e decisa anche alla luce del criterio di aggiudicazione prescelto per la gara in questione, basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione, secondo quanto stabilito dalla lettera di invito, di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica.

Avuto riguardo all'oggetto della gara ed alla tipologia del servizio da affidare, è indubitabile che le offerte siano state formulate in relazione alla consistenza, non solo economica, dei lotti come determinata dal numero di enti ricompresi nei singoli lotti, dal numero dei locali, dalla loro tipologia, dalla loro dislocazione, dalla loro superficie, alla cui completa e puntuale conoscenza da parte degli offerenti è peraltro finalizzato l'obbligo di sopralluogo previsto dalla disciplina di gara.

E', dunque, in relazione a tutte le componenti dei singoli lotti che le offerte sono state elaborate, sotto il profilo tecnico, con indicazione del sistema organizzativo di fornitura del servizio, delle attrezzature utilizzate e delle metodologie tecnico-operative, come richiesto dalla lettera di invito, la valutazione dei cui costi costituisce elemento fondamentale per l'elaborazione dell'offerta economica, peraltro soggetta a verifica di anomalia.

Ne consegue che la modifica operata dalla resistente Amministrazione in sede di riapertura della gara – mediante riduzione dell'importo complessivo dei lotti e lo stralcio dagli stessi degli enti dell'Esercito - si traduce in una modifica dell'oggetto della gara stessa, in quanto va ad incidere sulla consistenza dei lotti come inizialmente fissata ed in relazione alla quale sono state formulate le offerte, determinando peraltro la non affidabilità delle stesse in quanto parametrize alle diverse precedenti condizioni.

Posto, difatti, che nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, utilizzata come criterio non automatico di aggiudicazione di un pubblico appalto, l'Amministrazione appaltante, in quanto non vincolata a criteri automatici, deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità organizzativa, le caratteristiche funzionali, le concrete modalità di svolgimento del servizio, le attrezzature tecniche, l'organizzazione del servizio, ecc.) che siano indicativi della qualità del servizio offerto, consentendo di valutare l'offerta secondo criteri riferiti anche agli elementi tecnici della stessa, la formulazione delle offerte non può che avvenire sulla base della analitica considerazione di tutti gli elementi e le condizioni del servizio da svolgere, nel loro complesso, come indicati dalla disciplina di gara, sulla cui base elaborare un'offerta qualitativamente apprezzabile ai fini della attribuzione del relativo punteggio ed in relazione alla quale calibrare l'offerta economica, che dovrà resistere all'eventuale giudizio di anomalia.

Altrimenti detto, l'offerta presentata nell'ambito di una procedura da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è inscindibilmente connesso a tutti gli elementi costitutivi l'appalto da affidare, sulla cui base parametrare l'offerta tecnica ed il prezzo, di talché qualsivoglia modifica dell'oggetto dell'appalto non può che negativamente riverberarsi sull'offerta stessa modificandone il contenuto, laddove, peraltro, è con riferimento all'offerta riferita

agli originari elementi dell'appalto che è stata effettuata la valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Nella fattispecie in esame, è indubbio che la riduzione dell'importo complessivo della gara – e quindi degli importi riferiti ai singoli lotti – e l'esclusione dalla gara di tutti gli enti ricadenti nella competenza dell'Esercito, prima ivi ricompresi, si attinga quale sostanziale e rilevante modifica dell'oggetto del contratto, sia sotto il profilo del prezzo che sotto il profilo della consistenza della prestazione, determinando in sostanza, oltre che una modifica dell'offerta, un affidamento diverso rispetto a quello che aveva costituito oggetto di apposita selezione ad evidenza pubblica.

Sul punto, deve difatti essere valorizzata la considerazione della intervenuta nuova determinazione dei parametri concretizzanti il servizio – avuto riguardo al numero di edifici, con conseguente riduzione dell'estensione delle superfici e delle frequenze degli interventi – che sono stati posti a base della elaborazione delle offerte sia tecniche che economiche presentate dai partecipanti, con conseguente alterazione del valore dell'appalto, e, in definitiva, della entità delle offerte, determinando una diversa quantificazione delle obbligazioni reciproche in sede di svolgimento del rapporto contrattuale.

Viene, in tal modo, effettuata una rinegoziazione degli elementi del contratto da stipulare, aventi natura essenziale e rilevante.

Ed infatti, attraverso la riduzione dell'importo dell'appalto e del numero degli enti cui il servizio si riferisce, viene modificato l'oggetto dell'appalto nonché il contenuto delle offerte presentate, laddove non è invece consentito, alla luce dei principi di trasparenza e di par condicio tra i partecipanti, alle Amministrazioni appaltanti rinegoziare con l'offerente o con il soggetto prescelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica gli elementi fondamentali del contratto, tra cui sono da comprendere senz'altro l'oggetto dell'appalto ed il relativo prezzo,

in quanto attraverso una successiva modulazione di questi, in sostanza, si determina uno svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per qualità o quantità, tali da alterare irrimediabilmente la procedura di gara, il contenuto delle offerte e gli stessi risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente sulla base di presentazione di offerte correttamente riferite agli effettivi elementi dell'appalto.

Un siffatto comportamento è elusivo dei principi che impongono alle pubbliche amministrazioni di procedere alla scelta dei contraenti attraverso procedure concorsuali, pubbliche o ristrette, nel rispetto della vincolatività delle prescrizioni contenute nella disciplina di gara, non modificabili in corso di gara, integrando altresì una violazione del principio di par condicio dei partecipanti, che non sono stati messi tutti nella medesima condizione di presentare offerta in relazione al medesimo oggetto cui la gara, successivamente alla sua riapertura, si riferisce, non consentendo ad essi di presentare offerta per il reale e definitivo oggetto di appalto.

Secondo consolidato e pacifico orientamento giurisprudenziale (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato – Sez. VI – 15 gennaio 2009 n. 157), le prescrizioni contenute nei bandi di gara sono vincolanti e, in quanto tali, non sono suscettibili di modificazione né di libera valutazione nella loro interpretazione, atteso che, diversamente, verrebbero violati i principi di parità di condizione dei concorrenti, la quale risulterebbe pregiudicata ove si consentisse la successiva modifica delle regole o dell'oggetto di gara cristallizzate nella *lex specialis*, tanto che rispetto al bando di una gara di appalto, che è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, neanche l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di

modifica di clausole spiega effetti innovativi, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato – Sez. V - 21 aprile 2006 n. 2260; 18 settembre 2002 n. 4752), con la conseguenza che la capacità di agire degli organismi pubblici nei rapporti contrattuali è strettamente collegata allo svolgimento delle procedure, come predeterminate dalla legge regolante lo specifico settore dei pubblici appalti e dalla disciplina dettata dalla *lex specialis* di gara.

Con la conseguenza dell'obbligo per le Amministrazioni appaltanti di seguire i procedimenti nei quali si cristallizza la volontà dell'Ente, stante l'inderogabilità delle disposizioni che scandiscono la procedura, con la ulteriore conseguenza che la medesima volontà, così come deve manifestarsi secondo tali procedure, parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti.

Ciò in quanto il principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate dalla Pubblica Amministrazione impone che le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati, stante la natura di norme imperative delle disposizioni che tali procedure regolamentano.

Al di fuori, quindi, dei limiti indicati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le Amministrazioni devono attenersi nel contrattare ed al di fuori delle prescrizioni dettate dalla *lex specialis* di gara non vi è, pertanto, capacità di disporre la modifica delle regole o dell'oggetto della procedura, che possa essere utilmente esercitata dall'Amministrazione, altrimenti versandosi in ipotesi di illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica, oltre che in violazione delle regole di matrice comunitaria di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle pubbliche gare.

Risulta, quindi, evidente come la modifica di un significativo elemento dell'offerta, così dettagliatamente enucleata dalla lex specialis di gara, comportante la modifica riduttiva del corrispettivo e del numero di enti cui il servizio deve riferirsi, sia di per sé idonea a mutare le condizioni di fatto e gli elementi essenziali che avevano condotto alla formulazione delle offerte, alla loro valutazione ai fini dell'assegnazione del punteggio ed alle aggiudicazioni provvisorie medio tempore effettuate.

Stante, quindi, la rilevata impossibilità, per la stazione appaltante, di procedere alla aggiudicazione della gara, in relazione ai vari lotti, alle condizioni inizialmente fissate – a fronte della intervenuta riduzione del relativo stanziamento economico e della esclusione dalla gara degli enti ricadenti nell'ambito dell'Esercito – non poteva essa fare ricorso allo strumento della riapertura della gara previa riduzione del relativo oggetto rispetto a quanto inizialmente fissato, postulando il mutamento dell'oggetto dell'appalto una modifica, a procedura avanzata e successivamente alla apertura delle offerte, delle offerte stesse, indubitabile essendo che la riduzione dell'importo dell'appalto e degli enti cui il servizio si riferisce altera l'equilibrio delle offerte come formulate in base a diversi parametri, altresì inficiando la valutazione, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, delle stesse come riferite all'originario oggetto, con lesione dei principi di correttezza, imparzialità, trasparenza e par condicio tra i concorrenti.

Aggiungasi che, a fronte del mutamento dell'oggetto del contratto, in luogo di procedere alla riapertura della gara con rideterminazione del relativo oggetto, l'Amministrazione ben avrebbe potuto agire in autotutela mediante annullamento della gara (come peraltro ritenuto più corretto nel parere dell'Avvocatura dello Stato richiamato nel gravato decreto), il che avrebbe consentito una riedizione della stessa in modo che le imprese del settore, attraverso nuova lettera di invito, sarebbero state messe nelle condizioni di partecipare, con la possibilità, attraverso

lo svolgimento di altro procedimento concorsuale, di una diversa platea di concorrenti e della formulazione delle offerte in modo congruente con il reale oggetto dell'appalto, di una diversa conclusione nella fase della scelta.

Le svolte considerazioni inducono a ritenere l'illegittimità dell'adottato provvedimento di riapertura della gara previa fissazione di un nuovo e ridotto importo e riduzione del numero di enti cui il servizio si riferisce e, stante la natura e la valenza dei valori implicati, come sopra individuati nella par condicio tra i concorrenti e nei principi di correttezza, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, recedono rispetto ad essi le motivazioni poste a sostegno del modus procedendi seguito dall'Amministrazione, come connesse all'interesse pubblico di assicurare il servizio e di conservare gli atti posti in essere ed alla economicità dei prezzi spuntati in sede di gara.

Alle superiori considerazioni consegue che illegittimamente l'Amministrazione della Difesa, una volta resasi conto del rilevato impedimento ad aggiudicare i vari lotti alle condizioni inizialmente previste, ha riaperto la procedura concorsuale con indicazione di un diverso oggetto dell'affidamento del servizio, delimitato ai soli enti dello Stato Maggiore della Difesa, dell'Aeronautica Militare e del Segretariato Generale della Difesa, con modifica della consistenza dei lotti in funzione della sopravvenuta limitazione della copertura finanziaria, disponendo di procedere alla richiesta di conferma dell'offerta da parte delle società risultate provvisoriamente aggiudicatrici, consultando, per il caso di diniego, la società che segue in graduatoria.

La prevista – nel gravato decreto – facoltà di conferma dell'offerta da parte delle società provvisoriamente aggiudicatrici, offerta altrimenti vincolante, trova giustificazione nella modifica dell'oggetto dell'appalto da affidare, senza che a diversamente ritenere possano trovare utile ingresso le considerazioni svolte dalle società controinteressate costituite in giudizio che, nel negare l'avvenuto

mutamento delle condizioni di aggiudicazione, evidenziano come le offerte tecniche ed economiche, per come previsto dalla disciplina di gara, fossero modulate in modo da consentire l'individuazione delle specifiche tecniche ed economiche riferite ai singoli enti e distaccamenti, dovendo le offerte indicare altresì i prezzi mensili riferiti a ciascun ente facente parte del lotto, sulla base della cui aggregazione è stato determinato l'importo complessivo per i singoli lotti come risultante delle singole somme individuate per ciascun ente.

La circostanza che le offerte dovessero contenere l'indicazione, oltre che dell'importo complessivo, dei prezzi mensili riferiti a ciascun ente o distaccamento, non consente, invero, di ritenere che non sia intervenuta una modifica, attraverso la riduzione della consistenza dei lotti sia economica che numerica con riferimento agli enti cui riferire il servizio, delle offerte presentate dai concorrenti, le quali non possono più intendersi riferite agli elementi originariamente previsti, ma al nuovo contenuto del servizio, con conseguente loro rimodulazione successivamente alla intervenuta aggiudicazione provvisoria, per taluni lotti, ed alla assegnazione del punteggio relativo ad offerte parametrize ad una diversa estensione del servizio e ad un diverso importo economico, con inevitabile ripercussione sull'affidabilità delle offerte stesse, sul cui equilibrio complessivo incide, oltre che la sommatoria degli importi mensili riferiti ai singoli enti, anche la considerazione della remuneratività in relazione all'importo dell'appalto e ad ulteriori costi di gestione ed organizzazione del servizio riferiti all'intero lotto, come anche enucleabili sulla base di economie di scala e condizionati dalla relativa consistenza dei lotti e dalla dislocazione degli enti.

Peraltro, la prevista richiesta di conferma dell'offerta da parte dei soggetti risultati provvisoriamente aggiudicatari trova la propria ragion d'essere proprio nell'esigenza di consentire agli stessi la valutazione circa la convenienza dell'offerta

nonostante il diminuito valore del contratto, anche in relazione alla sua persistente remuneratività.

Peraltro, le modifiche dell'oggetto del contratto, come determinate dalla riduzione degli stanziamenti originariamente predisposti a copertura finanziaria dell'appalto, inficiano le valutazioni effettuate, ai fini dell'attribuzione del punteggio, delle offerte tecniche ed economiche, in quanto frutto di un apprezzamento di un complesso di elementi che, una volta modificati o ridotti, possono non risultare più attendibili in relazione alla qualità dell'offerta ed all'equilibrio complessivo della stessa, avuto riguardo a talune voci e punti che compongono l'offerta tecnica e ne integrano il contenuto, da considerare come un unicum, con conseguente pregiudizio per la par condicio e la correttezza dell'azione amministrativa.

Conclusivamente, in accoglimento dell'esaminato motivo di censura e con assorbimento, per economia di mezzi, degli altri motivi, il ricorso va accolto, il che conduce all'annullamento del gravato decreto di riapertura della gara in esame e dei conseguenti e connessi provvedimenti.

Ritiene, inoltre il Collegio, in relazione al contenuto della memoria difensiva depositata al fascicolo di causa dall'Avvocatura dello Stato, di dover disporre la sua trasmissione, unitamente alla presente sentenza, all'Avvocato Generale dello Stato ed al Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato per le valutazioni di competenza, mandando alla Segreteria della Sezione per i conseguenti adempimenti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I bis –

Pronunciando sul ricorso N. 4284/2009 R.G., come in epigrafe proposto, lo accoglie nel senso di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione della Difesa, la società controinteressata CONTROINTERESSATO TRE Group Italia S.p.a. e la controinteressata Morelli Service S.p.a., ciascuna per un terzo, al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 4.500 (quattromilacinquecento).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Elia Orciuolo, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO