

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29035-legittimo-evitare-la-stipulazione-di-un-contratto-di-fornitura-a-condizioni-antieconomiche>

Autore: Lazzini Sonia

È legittimo evitare la stipulazione di un contratto di fornitura a condizioni antieconomiche

Tar Puglia, Lecce, 05.02.2010 n. 439

E' legittimo evitare la stipulazione di un contratto di fornitura a condizioni antieconomiche

Sgomberato il campo da questo equivoco, occorre aggiungere che, diversamente da quanto prospettato dalla società ricorrente, il Collegio ritiene di non poter condividere le dedotte censure in ordine all'impianto motivazionale del provvedimento impugnato, rappresentando la decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione del lotto numero 5 la logica conseguenza della presa di consapevolezza dell'erronea determinazione delle caratteristiche tecniche dei prodotti, oggetto di fornitura, nonché il legittimo rimedio che ha consentito alla amministrazione di evitare la stipulazione di un contratto di fornitura a condizioni antieconomiche

L'impossibilità di qualificare gli atti gravati come espressione dell'esercizio del potere di autotutela appare evidente in considerazione del fatto che un provvedimento formale di aggiudicazione definitiva nei confronti della società ricorrente non era stato ancora adottato dall'amministrazione

Ancorché la stazione appaltante avesse fissato nel bando di gara, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, non può ritenersi, per ciò solo, che fosse preclusa all'amministrazione la possibilità di non procedere alla aggiudicazione, qualora, nel corso della procedura di gara, si fosse resa conto, come nel caso di specie, che la determinazione, nel capitolato di gara, di caratteristiche tecniche troppo rigide, relativamente ai prodotti oggetto di fornitura, produceva effetti distorsivi sul piano della economicità delle offerte.

Diversamente opinando si arriverebbe alla inammissibile conclusione di ritenere che l'amministrazione procedente, sulla base del criterio di aggiudicazione adottato, fosse obbligata, in applicazione pedissequa del bando di gara, ad aggiudicare la fornitura de qua a ditte che avevano presentato offerte economicamente meno vantaggiose, per prodotti aventi caratteristiche sostanzialmente analoghe.

Il Collegio fa rilevare che, nel caso di specie, non ci troviamo di fronte all'esercizio di poteri di autotutela rispetto ad un precedente provvedimento di aggiudicazione, quanto piuttosto alla scelta discrezionale dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione della gara, con riguardo al lotto n.5 (fornitura di alimenti per assistenza integrativa), adottata sulla base del rinvio alle disposizioni di cui all'art. 2.2 del disciplinare di gara. Conseguentemente non vengono in rilievo le cautele e le garanzie, cui l'ordinamento giuridico subordina l'esercizio dei poteri di autotutela (artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 e s.m.i.)_i provvedimenti di autotutela si configurano come provvedimenti di secondo grado, che eliminano dal mondo giuridico, con effetto ex tunc (annullamento) o ex nunc (revoca), precedenti atti di natura provvedimentoale e si fondano sulla base della accertata esistenza di vizi di legittimità (annullamento) o di merito (revoca), oltre che, per effetto della recenti riforme introdotte nella legge sul procedimento amministrativo, sulla valutazione della persistenza di un interesse pubblico alla eliminazione dal mondo giuridico dei provvedimenti medesimi.

L'esercizio di poteri di autotutela, così come configurato dalla odierna ricorrente, presupporrebbe inevitabilmente che l'amministrazione avesse precedentemente adottato un provvedimento formale di aggiudicazione. In realtà, dall'esame della documentazione versata in atti risulta, per tabulas, che alcun provvedimento formale di aggiudicazione definitiva era stato adottato dall'amministrazione procedente nei confronti della società ricorrente, non potendosi attribuire tale valenza al prospetto provvisorio delle offerte elaborato dalla amministrazione medesima in data 26 febbraio 2009 o alla tabella contenente i rilievi formulati dalla società Controinteressato Italia s.p.a. ed i pareri tecnici della stazione appaltante.

Ma, anche prescindendo dalla qualificazione giuridica degli atti impugnati, non si comprende la dedotta violazione delle garanzie partecipative se è vero che la società ricorrente è stata informata dalla

amministrazione nelle varie fasi della procedura di gara ed ha avuto la possibilità di rappresentare, così come ha fatto, le proprie ragioni a tutela dei propri interessi.

Nell'individuare i prodotti del lotto n. 5 l'amministrazione ha enunciato in maniera analitica le caratteristiche tecniche dei prodotti medesimi.

In sede di gara, in relazione alle diverse caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, la Commissione di gara si è trovata di fronte ad un bivio: o rispettare alla lettera gli atti di gara, ritenendo idonee solo le offerte rispondenti alle caratteristiche tecniche individuate, ancorché maggiormente onerose, o aggiudicare la fornitura dei prodotti alle ditte che avevano presentato le migliori offerte economiche, relative a prodotti simili anche se non perfettamente rispondenti alle caratteristiche individuate negli atti di gara. Per alcuni di questi prodotti, la Commissione di gara ha ritenuto di percorrere la seconda strada, in considerazione della sua maggiore economicità a fronte di prodotti aventi caratteristiche sostanzialmente simili.

L'operato della Commissione ha determinato, però, nel corso del procedimento di gara, la formulazione dei rilievi da parte di una delle società concorrenti (Controinteressato Italia s.p.a.), che l'amministrazione ha ritenuto, in prima battuta, di poter superare sulla base di chiarimenti pubblicati sul sito della Asl in data 23.12.2008 o in considerazione della carenza di interesse della ditta che aveva formulato i rilievi medesimi.

Tuttavia, una più ponderata valutazione dei rilievi mossi dalla società Controinteressato Italia s.p.a. e della congruità dei prodotti offerti ha indotto l'amministrazione procedente ad assumere la determinazione di non aggiudicare i prodotti del lotto n. 5. Alla base del provvedimento gravato non vi è, dunque, solo la valutazione dei rilievi mossi da una delle ditte partecipanti alla gara in ordine alle offerte pervenute ed in parte superati dalla amministrazione procedente, ma, soprattutto, la considerazione della "dubbia congruità dei prezzi di aggiudicazione di svariati prodotti".

Alla luce delle considerazioni che precedono, la censura non appare meritevole di accoglimento.

Con riguardo, poi, alla erronea prospettazione dell'impugnato provvedimento quale illegittimo esercizio dei poteri di autotutela, adottato, secondo parte ricorrente, in assenza dei presupposti legittimanti il potere di revoca/annullamento, il Collegio si richiama a quanto diffusamente argomentato, ribadendo ulteriormente che quello impugnato non è un provvedimento di secondo grado, adottato nell'esercizio di poteri di autotutela, quanto piuttosto il provvedimento finale del procedimento di gara, nell'ambito del quale la decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione definitiva rappresenta uno dei possibili legittimi sviluppi del procedimento medesimo.

In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 439 del 5 febbraio 2010 emessa dal Tar Puglia, Lecce

**N. 00439/2010 REG.SEN.
N. 01099/2009 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 la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1099 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Dietetici Alimentari s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore dott. Antonio Maria Cartolari, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Velluto, Dante Micallella e Gianluigi Pellegrino, elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo in Lecce via Augusto Imperatore n.16.

contro

Azienda sanitaria locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv.to Giovanna Corrente elettivamente domiciliata in Lecce c/o Daniele Montinaro, Vico Storto Carità Vecchia, 3;

nei confronti di

Controinteressato Italia s.p.a., n.c.;
Controinteressato due s.r.l., n.c.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della comunicazione della ASL Taranto ricevuta a mezzo fax il 15 maggio 2009, prot. n. 2263;
- della comunicazione della ASL Taranto del 4 giugno 2009, prot. n. 2539;
- della comunicazione della ASL Taranto del 22 giugno 2009, prot. n. 2766;
- della comunicazione della ASL Taranto 16 giugno 2009, prot. n. 2687;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché allo stato non conosciuti;

- nonché per l'annullamento della deliberazione n.2143 del 28 maggio 2009, pubblicata all'Albo Pretorio dell'azienda dall'1 giugno 2009 al 15 giugno 2009, con la quale l'azienda ha deciso di non aggiudicare, ai sensi dell'art. 2.2 del Disciplinare di Gara, il Lotto n. 5 - alimenti per l'assistenza integrativa "alla luce dei rilievi mossi dalle ditte partecipanti, nonché della dubbia congruità dei prezzi di aggiudicazione di svariati prodotti" e “di autorizzare ai sensi dell'art. 57, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006 la procedura negoziata per l'affidamento della fornitura delle voci/lotti andati deserti, riportati nell'allegato al presente provvedimento su supporto informatico” nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché allo stato non conosciuti, ivi compresi quelli già gravati con il ricorso originario ed, in particolare della comunicazione della Asl Taranto ricevuta a mezzo fax il 15 maggio 2009, prot. n. 2263;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti i motivi aggiunti, notificati in data 25 settembre 2009;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 03/12/2009 il dott. Paolo Marotta e uditi l'avv.to G. Alfarano, in sostituzione dell'avv.to G. Velluto, e l'avv.to G. Corrente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La Asl di Taranto ha indetto una procedura aperta di gara per l'acquisizione in somministrazione per 24 mesi di prodotti vari (disinfettanti, detergenti, soluzioni e galenici, vaccini, alimenti per assistenza integrativa, etc.) suddivisi in lotti, prevedendo che ciascun lotto sarebbe stato aggiudicato, per singola voce, in base al criterio del prezzo più basso.

La società ricorrente presentava domanda di partecipazione alla gara unitamente alla propria offerta relativamente al lotto n. 5 (alimenti per assistenza integrativa), per il quale facevano pervenire la propria offerta anche la società Controinteressato Italia s.p.a., la società Controinteressato due s.r.l. e la ditta Vecchi & C. Piam.

In esito alle procedure di gara l'amministrazione procedeva, in data 26 febbraio 2009, alla redazione di un prospetto provvisorio delle offerte pervenute ed, in data 2 aprile 2009, in seduta pubblica, alla lettura della graduatoria delle offerte.

Con comunicazione del 12 maggio 2009 prot. 2184 la Asl di Taranto rendeva noti alla società ricorrente i rilievi mossi da una delle società concorrenti (Controinteressato Italia s.p.a.), in merito all'aggiudicazione di alcune voci e le disposizioni adottate in merito dalla Azienda medesima.

Con successiva nota del 14 maggio 2009 (prot. 2263) l'Asl rendeva noto a tutte le società partecipanti alla gara che il presidente della gara aveva disposto, ai sensi dell'art. 2.2. del Disciplinare di gara, l'annullamento del lotto n. 5 (alimenti per assistenza integrativa), precisando che per l'affidamento della fornitura dei prodotti compresi nel predetto lotto, l'amministrazione avrebbe proceduto all'espletamento di apposita nuova procedura.

Con lettera del 18 maggio 2009 la società ricorrente richiedeva alla Asl di precisare le ragioni poste alla base della sua decisione. La richiesta veniva riscontrata dalla Asl con nota del 4 giugno 2009 (prot. 2539), nella quale si precisava quanto segue: "considerato l'elevato numero di contestazioni pervenute e a fronte, anche, di una richiesta di caratteristiche (in capitolato) che potrebbero indurre a ritenere che si tratti di produzione esclusiva, si ritiene di annullare l'intero lotto n. 5, rinviando a nuova gara con formulazione diversa dei singoli prodotti. Si precisa, inoltre, che per l'aggiudicazione dei prodotti unici, si avvieranno procedure negoziate ai sensi dell'art. 57 co. 2 lett. b) del D.Lgs. 163/06".

Con nota del 16 giugno 2009 (prot. 2687) la Asl comunicava alla società ricorrente lo svincolo della cauzione provvisoria e con successiva nota del 22 giugno 2009 (prot. 2766) la Asl di Taranto ribadiva la decisione della Azienda di avviare una nuova procedura, avvalendosi della facoltà prevista nel disciplinare di gara e rappresentando che “una nuova procedura di gara assicurerà un miglior risultato per questa Asl, a fronte di una possibile maggiore partecipazione da parte delle Aziende del settore”.

Con il proposto gravame la società ricorrente ha contestato la legittimità degli atti sopra indicati per i seguenti motivi:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241 per mancanza e tardività della motivazione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà;
2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.2 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 81, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 21- quinquies della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per sviamento.

Con memoria depositata in data 2 settembre 2009 si è costituita la Asl di Taranto, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, essendo rimasto inoppugnato il provvedimento conclusivo della procedura di gara, ossia la deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009, con la quale la Asl medesima ha deciso di non aggiudicare, ai sensi dell'art. 2.2 del Disciplinare di gara, il lotto n. 5 “alla luce dei rilievi mossi dalle ditte partecipanti nonché della dubbia congruità dei prezzi di aggiudicazione di svariati prodotti, e di prevedere che l'affidamento della fornitura dei prodotti in esso inseriti sia oggetto di futura apposita procedura”. Nel merito, l'Amministrazione resistente contesta la fondatezza del ricorso e ne chiede pertanto la reiezione.

La deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009 è stata impugnata dalla società ricorrente con motivi aggiunti, con i quali la

società ricorrente, dopo aver rappresentato che detto provvedimento non le è stato mai formalmente notificato, ne contesta la legittimità, sollevando le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 della Legge n. 241/1990;
2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.1 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di motivazione, illogicità;
3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.2 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n.163/2006. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà, errore sui presupposti;
4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.2 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art.81, comma 3, del D.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 21 – quinquies della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per sviamento.

Alla Camera di Consiglio dell'8 ottobre 2009, l'istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla società ricorrente, è stata abbinata al merito.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2009 il ricorso è stato introitato per la decisione.

Il Collegio è chiamato, anzitutto, a verificare l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, sollevata nella memoria di costituzione dell'amministrazione resistente, per mancata impugnazione del provvedimento conclusivo della procedura di gara, ossia della deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009.

L'eccezione non può essere accolta.

Il provvedimento conclusivo della procedura di gara è stato impugnato con motivi aggiunti notificati in data 25 settembre 2009 e depositati in data 30 settembre 2009. Né può concludersi, sulla base dei fatti sopra esposti, nel senso di ritenere che il gravame proposto con motivi aggiunti sia tardivo.

Come è notorio, il termine decadenziale per proporre ricorso in sede giurisdizionale decorre dalla conoscenza del provvedimento pregiudizievole, che avviene, ai sensi dell'art. 21 della l. n.1034/1971, per effetto della notifica dell'atto (nei casi in cui quest'ultimo si rivolga a soggetti determinati, ancorché non direttamente nominati), della sua pubblicazione (laddove non si rivolga a soggetti determinati e la pubblicazione sia prevista da fonte normativa, legislativa o regolamentare) o, in ogni caso, indipendentemente dalla notifica o dalla pubblicazione, dalla sua piena conoscenza (la cui prova è, però, onere del soggetto che la eccepisce e quindi, nel caso de quo, dell'amministrazione).

Orbene, nel caso di specie, non risulta che il provvedimento formale di conclusione della procedura di gara sia stato notificato o comunicato alla società ricorrente, né l'amministrazione ha fornito la prova della conoscenza del provvedimento in questione da parte della società ricorrente, non potendo inferirsi tale prova dalle comunicazioni, sopra richiamate, relative alla necessità di rinnovare la procedura di gara.

Per costante giurisprudenza, la piena conoscenza del provvedimento impugnato deve essere provata in modo certo e inequivocabile da parte di chi eccepisce la tardività del gravame ed il relativo onere non può dirsi adempiuto sulla base della prospettazione di mere presunzioni che non assurgono a dignità di prove (*ex multis*, Tar Lazio, Roma Sez. III[^] 7 luglio 2009 n. 6574; Tar Puglia, Lecce Sez. III 11 aprile 2009 n. 714; Tar Puglia, Lecce Sez. II 24 febbraio 2009 n. 294; Consiglio di Stato, Sez. VI 23 giugno 2008 n. 3150).

Passando all'esame del merito del ricorso, il Collegio fa rilevare quanto segue.

1. Con la prima censura del ricorso introduttivo, la società ricorrente deduce, in primo luogo, il difetto di motivazione della comunicazione del 14 maggio 2009 (prot. 2263), con la quale l'Asl rendeva noto a tutte le società partecipanti alla gara che il presidente della gara aveva disposto, ai sensi dell'art. 2.2. del Disciplinare di

gara, l'annullamento del lotto n. 5 (alimenti per assistenza integrativa). Parte ricorrente si duole del fatto che l'Amministrazione procedente non abbia indicato le ragioni dell'annullamento parziale della procedura di gara, limitandosi a richiamare genericamente l'art. 2.2 del disciplinare di gara ed operando in assenza di una adeguata istruttoria. Parte ricorrente denuncia l'illegittimo tentativo di integrare la motivazione della nota impugnata con la successiva comunicazione del 4 giugno 2009 (prot. 2539), in contrasto con il divieto di integrazione postuma del provvedimento amministrativo.

La società ricorrente evidenzia anche che la motivazione fornita con la nota del 4 giugno 2009 sarebbe inadeguata e contraddittoria, sulla base della duplice considerazione che l'esistenza di numerose contestazioni da parte delle società concorrenti in ordine alla procedura di gara non era, di per sé, ragione sufficiente per l'annullamento della gara nonché in considerazione del fatto che i rilievi sollevati da una delle società ricorrenti (Controinteressato Italia s.p.a.) in ordine alla procedura di gara sarebbero stati superati dalla Asl, come emergerebbe dalla tabella allegata alla nota del 12 maggio 2009 prot. 2184.

Sarebbe, per la società ricorrente, palesemente contraddittorio il comportamento della amministrazione, che dopo aver confutato i rilievi mossi da una delle società concorrenti, in assenza di qualunque attività istruttoria, senza il coinvolgimento delle società interessate, avrebbe proceduto, in autotutela, senza motivazione, all'annullamento della procedura di gara relativamente al lotto n. 5.

Ulteriore profilo di illegittimità viene individuato nella mancata comunicazione di avvio del procedimento, in violazione dei canoni partecipativi di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990.

La tesi della società ricorrente non può essere condivisa.

Essa si fonda su una erronea qualificazione giuridica degli atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio.

La società ricorrente attribuisce, infatti, natura provvedimentoale a semplici comunicazioni, con le quali l'amministrazione procedente informa le ditte partecipanti alla gara in merito all'iter della procedura di gara in corso. Questa erronea qualificazione come "provvedimenti" (cioè atti amministrativi aventi rilevanza esterna) di semplici comunicazioni, di carattere endoprocedimentale, ha indotto la società ricorrente a censurare la legittimità delle comunicazioni medesime per mancanza e tardività della motivazione (art. 3 l. n. 241/1990) nonché per eccesso di potere, sotto i profili del difetto di motivazione e della carenza e della contraddittorietà della istruttoria.

Oltre a ciò, la società ricorrente interpreta le comunicazioni endoprocedimentali in questione come una sorta di provvedimenti di autotutela, con i quali l'amministrazione procedente avrebbe disposto, in assenza delle prescritte garanzie partecipative, l'annullamento/revoca di propri precedenti provvedimenti.

Orbene, è notorio che i provvedimenti di autotutela si configurano come provvedimenti di secondo grado, che eliminano dal mondo giuridico, con effetto *ex tunc* (annullamento) o *ex nunc* (revoca), precedenti atti di natura provvedimentoale e si fondano sulla base della accertata esistenza di vizi di legittimità (annullamento) o di merito (revoca), oltre che, per effetto della recenti riforme introdotte nella legge sul procedimento amministrativo, sulla valutazione della persistenza di un interesse pubblico alla eliminazione dal mondo giuridico dei provvedimenti medesimi.

L'esercizio di poteri di autotutela, così come configurato dalla odierna ricorrente, presupporrebbe inevitabilmente che l'amministrazione avesse precedentemente adottato un provvedimento formale di aggiudicazione. In realtà, dall'esame della documentazione versata in atti risulta, per *tabulas*, che alcun provvedimento formale di aggiudicazione definitiva era stato adottato dall'amministrazione procedente nei confronti della società ricorrente, non potendosi attribuire tale

valenza al prospetto provvisorio delle offerte elaborato dalla amministrazione medesima in data 26 febbraio 2009 o alla tabella contenente i rilievi formulati dalla società Controinteressato Italia s.p.a. ed i pareri tecnici della stazione appaltante.

Ma, anche prescindendo dalla qualificazione giuridica degli atti impugnati, non si comprende la dedotta violazione delle garanzie partecipative se è vero che la società ricorrente è stata informata dalla amministrazione nelle varie fasi della procedura di gara ed ha avuto la possibilità di rappresentare, così come ha fatto, le proprie ragioni a tutela dei propri interessi.

2. Con la seconda censura del ricorso introduttivo, la società ricorrente contesta la legittimità dei provvedimenti (*rectius*, atti) impugnati sotto diversi profili.

Detti atti sarebbero stati assunti in contrasto con la *lex specialis* di gara. L'art. 2.2. del Disciplinare di gara, rubricato "Modalità di aggiudicazione", attribuisce alla stazione appaltante il potere di:

- a) non procedere all'aggiudicazione in assenza di offerte convenienti o idonee ex art. 81 comma 3 del D.lgs. n. 163/2006;
- b) sospendere, reindire o non aggiudicare motivatamente la gara;
- c) non stipulare motivatamente il contratto anche in presenza di una previa aggiudicazione.

La società ricorrente evidenzia che la decisione adottata dall'amministrazione con riguardo al lotto n. 5 non sarebbe conforme a nessuna delle fattispecie sopra descritte.

Con riguardo alla previsione di cui alla lett. a) dell'art.2.2 del disciplinare di gara, la società ricorrente evidenzia che, avendo l'amministrazione individuato quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, la non convenienza e/o inidoneità delle offerte doveva essere valutata in termini esclusivamente economici, prescindendo da valutazioni di natura tecnica e che quindi la clausola in questione non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie.

Laddove invece la decisione dell'amministrazione fosse riconducibile alle ipotesi di cui alle lettere b) e c) gli atti impugnati sarebbero egualmente illegittimi, in quanto le previsioni del disciplinare di gara dovrebbero considerarsi espressione del più generale potere di revoca, del quale non ricorrerebbero, nel caso di specie, i presupposti legittimanti di cui all'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 (obbligo di motivazione, sussistenza di concrete ragioni di pubblico interesse, valutazione dell'affidamento del privato interessato al provvedimento in riesame, tenendo conto del tempo trascorso, l'osservanza delle regole del contraddittorio, un'adeguata istruttoria).

La censura è infondata.

Ancorché la stazione appaltante avesse fissato nel bando di gara, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, non può ritenersi, per ciò solo, che fosse preclusa all'amministrazione la possibilità di non procedere alla aggiudicazione, qualora, nel corso della procedura di gara, si fosse resa conto, come nel caso di specie, che la determinazione, nel capitolato di gara, di caratteristiche tecniche troppo rigide, relativamente ai prodotti oggetto di fornitura, produceva effetti distorsivi sul piano della economicità delle offerte. Diversamente opinando si arriverebbe alla inammissibile conclusione di ritenere che l'amministrazione procedente, sulla base del criterio di aggiudicazione adottato, fosse obbligata, in applicazione pedissequa del bando di gara, ad aggiudicare la fornitura de qua a ditte che avevano presentato offerte economicamente meno vantaggiose, per prodotti aventi caratteristiche sostanzialmente analoghe.

Richiamandosi alle considerazioni che precedono in ordine alla qualificazione giuridica degli atti impugnati, il Collegio ritiene di non poter condividere neanche la contestazione della legittimità degli atti medesimi, fondata sulla violazione dei presupposti legittimanti l'esercizio dei poteri di autotutela. Il Collegio fa rilevare

che, nel caso di specie, non ci troviamo di fronte all'esercizio di poteri di autotutela rispetto ad un precedente provvedimento di aggiudicazione, quanto piuttosto alla scelta discrezionale dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione della gara, con riguardo al lotto n.5 (fornitura di alimenti per assistenza integrativa), adottata sulla base del rinvio alle disposizioni di cui all'art. 2.2 del disciplinare di gara. Conseguentemente non vengono in rilievo le cautele e le garanzie, cui l'ordinamento giuridico subordina l'esercizio dei poteri di autotutela (artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 e s.m.i.)

3. Con motivi aggiunti, la società ricorrente ha impugnato la deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009, con la quale la Asl di Taranto, concludendo il procedimento di gara, ha deciso di non aggiudicare, ai sensi dell'art.2.2 del Disciplinare di gara, il lotto n. 5 /alimenti per l'assistenza integrativa.

Parte ricorrente contesta la legittimità dell'impugnato provvedimento per violazione e falsa applicazione degli art. 7 e 8 della Legge n. 241/1990. Secondo la società ricorrente l'impugnato provvedimento sarebbe illegittimo, in quanto la decisione dell'amministrazione di "annullare" il lotto n. 5 sarebbe stata assunta senza aver comunicato alle ditte risultate aggiudicatarie l'avvio del procedimento, in violazione dei canoni partecipativi di cui agli art. 7 e 8 della legge n. 241/1990.

La tesi di parte ricorrente non appare al Collegio condivisibile in quanto si fonda, ancora una volta, su una erronea qualificazione degli atti gravati.

Ancorché nella comunicazione del 14 maggio 2009 (prot. 2263) sia contenuta un'impropria espressione ("il presidente del seggio di gara ha disposto l'annullamento, ai sensi dell'art. 2.2 del disciplinare di gara, del lotto n. 5"), sia nella successiva comunicazione del 4 giugno 2009 (prot. 2539) che nel provvedimento conclusivo del procedimento (la deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009) è invece chiaramente enunciata l'intenzione

dell'amministrazione, non già di annullare un precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva quanto piuttosto di non procedere alla aggiudicazione del lotto n. 5, sulla base di quanto disposto dall'art. 2.2 del Disciplinare di gara.

L'impossibilità di qualificare gli atti gravati come espressione dell'esercizio del potere di autotutela appare evidente in considerazione del fatto che un provvedimento formale di aggiudicazione definitiva nei confronti della società ricorrente non era stato ancora adottato dall'amministrazione.

La deliberazione del Direttore Generale della Asl di Taranto n. 2143 del 28 maggio 2009 costituisce, dunque, non già espressione di poteri di autotutela, quanto piuttosto il provvedimento finale del procedimento di gara, nell'ambito del quale la decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione definitiva rappresenta uno dei possibili sviluppi del procedimento medesimo e rispetto al quale non emergono esigenze di comunicazione dell'avvio del procedimento.

4. La società ricorrente contesta, poi, la legittimità del provvedimento impugnato con motivi aggiunti anche per eccesso di potere sotto i profili dell'errore sui presupposti, del difetto di motivazione e della illogicità.

Parte ricorrente dopo aver evidenziato che il disciplinare di gara, all'art. 2.1, dispone testualmente: "Ciascun lotto sarà aggiudicato a singola voce in favore dell'offerta con prezzo più basso", evidenzia l'illegittimità della decisione di non procedere alla aggiudicazione dell'intero lotto, in quanto l'amministrazione avrebbe dovuto, tutt'al più, decidere di non aggiudicare le voci del lotto oggetto di specifica contestazione. Oltre a ciò, parte ricorrente evidenzia l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione in considerazione del fatto che alcuni dei rilievi mossi dalla società concorrente erano inammissibili per carenza di interesse, altri erano stati confutati dalla amministrazione con pareri tecnici, altri ancora si riferivano ad errori commessi dalla ricorrente e da quest'ultima non contestati.

Ancora una volta il Collegio ritiene di non poter condividere la tesi di parte ricorrente.

Nell'individuare i prodotti del lotto n. 5 l'amministrazione ha enunciato in maniera analitica le caratteristiche tecniche dei prodotti medesimi.

In sede di gara, in relazione alle diverse caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, la Commissione di gara si è trovata di fronte ad un bivio: o rispettare alla lettera gli atti di gara, ritenendo idonee solo le offerte rispondenti alle caratteristiche tecniche individuate, ancorché maggiormente onerose, o aggiudicare la fornitura dei prodotti alle ditte che avevano presentato le migliori offerte economiche, relative a prodotti simili anche se non perfettamente rispondenti alle caratteristiche individuate negli atti di gara. Per alcuni di questi prodotti, la Commissione di gara ha ritenuto di percorrere la seconda strada, in considerazione della sua maggiore economicità a fronte di prodotti aventi caratteristiche sostanzialmente simili.

L'operato della Commissione ha determinato, però, nel corso del procedimento di gara, la formulazione dei rilievi da parte di una delle società concorrenti (Controinteressato Italia s.p.a.), che l'amministrazione ha ritenuto, in prima battuta, di poter superare sulla base di chiarimenti pubblicati sul sito della Asl in data 23.12.2008 o in considerazione della carenza di interesse della ditta che aveva formulato i rilievi medesimi.

Tuttavia, una più ponderata valutazione dei rilievi mossi dalla società Controinteressato Italia s.p.a. e della congruità dei prodotti offerti ha indotto l'amministrazione procedente ad assumere la determinazione di non aggiudicare i prodotti del lotto n. 5. Alla base del provvedimento gravato non vi è, dunque, solo la valutazione dei rilievi mossi da una delle ditte partecipanti alla gara in ordine alle offerte pervenute ed in parte superati dalla amministrazione procedente, ma, soprattutto, la considerazione della "dubbia congruità dei prezzi di aggiudicazione di svariati prodotti".

Alla luce delle considerazioni che precedono, la censura non appare meritevole di accoglimento.

5. La società ricorrente censura il provvedimento gravato con motivi aggiunti anche per carenza di motivazione. La genericità della motivazione sarebbe ancor più rilevante in considerazione dell'affidamento ingeneratosi nella ricorrente a seguito della comunicazione del 12 maggio 2009 alla quale era allegato il prospetto dei rilievi mossi dalla società Controinteressato Italia s.p.a., alcuni dei quali erano stati esaminati e superati dalla amministrazione precedente.

Ancora una volta la società ricorrente richiama l'istituto dell'autotutela, evidenziando che l'amministrazione, a fronte dell'affidamento ingenerato con i suoi atti precedenti, avrebbe dovuto puntualmente evidenziare le ragioni dell'annullamento degli atti pregressi e non limitarsi a richiamare genericamente l'art. 2.2 del Disciplinare di gara.

Le motivazioni addotte nell'impugnato provvedimento ("rilievi mossi dalle ditte partecipanti"; "dubbia congruità dei prezzi di aggiudicazione di svariati prodotti") non sarebbero idonee a legittimare la scelta dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione del lotto n. 5.

Quanto al primo elemento, la società ricorrente evidenzia che la formulazione di rilievi da parte di una delle ditte partecipanti alla gara non costituisce di per sé elemento sufficiente a supportare la decisione di non aggiudicare il lotto n. 5.

Quanto al secondo elemento (la dubbia congruità dei prezzi), si contesta l'impianto motivazionale per indeterminatezza e genericità.

La società ricorrente evidenzia che la carenza della motivazione non possa essere superata dalle comunicazioni del 4 giugno 2009 (prot. 2539) e del 22 giugno 2009 (prot. 2766), non essendo consentita nel nostro ordinamento la integrazione postuma della motivazione del provvedimento.

Peraltro, con riguardo alla nota del 4 giugno 2009 (prot. 2539) (con la quale l'amministrazione comunicava a tutte le società partecipanti alla gara la decisione di non aggiudicare il lotto n. 5 per "l'elevato numero di contestazioni pervenute" e per "una richiesta di caratteristiche (in capitolato) che potrebbero indurre a ritenere che si tratti di produzione esclusiva"), la società ricorrente evidenzia che il numero elevato di contestazioni non costituisce di per sé motivo di annullamento della gara e censura la contraddittorietà e la illogicità della amministrazione che, dopo aver contestato il fondamento dei rilievi mossi dalla società Controinteressato Italia s.p.a., avrebbe, a suo dire, "a gara ormai conclusa", annullato la gara medesima.

Con riguardo, poi, alla nota del 22 giugno 2009 (prot. 2766) (nella quale l'amministrazione rappresenta che "una nuova procedura di gara assicurerà un miglior risultato per questa Asl a fronte di una possibile maggiore partecipazione da parte delle Aziende del Settore"), la società ricorrente fa rilevare che non possa concretare il rigoroso requisito motivazionale imposto dall'art. 3 della legge n. 241/1990 e dall'art. 2.2 del disciplinare una generica, astratta ed indeterminata aspettativa di allargamento della platea dei concorrenti, legata ad eventi futuri ed incerti per giustificare l'annullamento di un intero lotto in gara.

Anche questa censura non appare al Collegio meritevole di accoglimento.

La società ricorrente parte dall'erroneo presupposto secondo il quale quello gravato con motivi aggiunti sia un provvedimento adottato in autotutela, "a gara ormai conclusa", per approdare alla conclusione che, essendo un provvedimento di secondo grado, che va ad incidere su posizioni di legittimo affidamento, sarebbe illegittimo in quanto non supportato da idoneo impianto motivazionale.

La tesi non può essere condivisa.

Come sopra evidenziato, quello gravato con motivi aggiunti non è un provvedimento di annullamento di un atto di aggiudicazione definitiva, per la

semplice circostanza che quest'ultima non era stata ancora formalmente adottata dall'amministrazione procedente.

La decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione del lotto n. 5 si inserisce nel procedimento di gara, rappresentandone un possibile esito. A riprova di ciò vi è l'assorbente considerazione secondo la quale la decisione (di non procedere alla aggiudicazione), adottata dall'amministrazione e contestata dalla odierna ricorrente, non costituisce l'oggetto di un autonomo provvedimento, ma è inserita nel provvedimento conclusivo dell'intera procedura di gara, con il quale vengono definitivamente aggiudicati gli altri lotti.

Sgomberato il campo da questo equivoco, occorre aggiungere che, diversamente da quanto prospettato dalla società ricorrente, il Collegio ritiene di non poter condividere le dedotte censure in ordine all'impianto motivazionale del provvedimento impugnato, rappresentando la decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione del lotto numero 5 la logica conseguenza della presa di consapevolezza dell'erronea determinazione delle caratteristiche tecniche dei prodotti, oggetto di fornitura, nonché il legittimo rimedio che ha consentito alla amministrazione di evitare la stipulazione di un contratto di fornitura a condizioni antieconomiche.

6. Con l'ultima censura parte ricorrente sostiene che la deliberazione n. 2143 del 28 maggio 2009 ed i provvedimenti (*rectius*, atti) originariamente impugnati con il ricorso introduttivo si pongano in contrasto con la *lex specialis* di gara.

Detta censura consiste nella mera riproposizione delle argomentazioni giuridiche già formulate nel ricorso introduttivo del giudizio e non appare al Collegio meritevole di accoglimento per le ragioni sopra illustrate [*id est*, per la considerazione che l'adozione del criterio del prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione non si configura come ostativo alla decisione di non procedere alla aggiudicazione, sulla base della successiva valutazione degli effetti distorsivi,

prodotti sul procedimento di gara, dalla predeterminazione, nel capitolato di gara, di caratteristiche tecniche troppo stringenti, relativamente ai prodotti oggetto di fornitura].

Con riguardo, poi, alla erronea prospettazione dell'impugnato provvedimento quale illegittimo esercizio dei poteri di autotutela, adottato, secondo parte ricorrente, in assenza dei presupposti legittimanti il potere di revoca/annullamento, il Collegio si richiama a quanto diffusamente argomentato, ribadendo ulteriormente che quello impugnato non è un provvedimento di secondo grado, adottato nell'esercizio di poteri di autotutela, quanto piuttosto il provvedimento finale del procedimento di gara, nell'ambito del quale la decisione dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione definitiva rappresenta uno dei possibili legittimi sviluppi del procedimento medesimo.

In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

In considerazione della peculiarità delle questioni affrontate, il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda sezione di Lecce, definitivamente pronunciandosi sul ricorso indicato in epigrafe, come integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 03/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Paolo Marotta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2010

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

IL SEGRETARIO