

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37693-stazione-appaltante-non-buon-governo-norma-regolativa-potere-autotutela-ex-art-21-nonies-l-241-1990>

Autore: Lazzini Sonia

**Stazione appaltante non buon governo norma regolativa
potere autotutela ex art 21 nonies L 241 1990**

E' radicalmente mancata una motivata valutazione di opportunità dell'annullamento, rapportata a profili di interesse pubblico diversi da quello inerente il mero ripristino della legalità (Sentenza numero 1396 del 21 maggio 2015 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania)

Sonia Lazzini

anche sul fronte della comparazione tra interesse pubblico e privato, in quanto gli atti impugnati trascurano del tutto la posizione dell'aggiudicatario provvisorio.

Se pure è vero che l'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 fa salvo l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante finanche a seguito dell'aggiudicazione definitiva e che, quindi, tale potere sussiste a maggior ragione a fronte della semplice deliberazione di aggiudicazione provvisoria, tuttavia è indiscutibile che l'annullamento qui impugnato, pur se intervenuto a procedimento non del tutto concluso, è stato deciso ad uno stato del medesimo particolarmente avanzato e costituisce evento non fisiologico di una procedura di evidenza pubblica: come tale, necessitava di una puntuale, oggettiva, rigorosa e riscontrabile giustificazione in relazione agli elementi concreti e obiettivi sui quali si fondava la scelta di non procedere più all'aggiudicazione definitiva.

Né può sostenersi che l'assenza di una posizione consolidata in capo all'aggiudicatario provvisorio escludesse la necessità di un motivato interesse pubblico alla vanificazione della procedura, che tenesse conto anche dell'interesse del privato concorrente.

La giurisprudenza ha chiarito, infatti, che l'aggiudicazione provvisoria, quantunque sia dotata di effetti instabili e non generi alcun affidamento

qualificato, comporta comunque la necessità che un eventuale revisione o caducazione della procedura sia congruamente motivata con la precisa indicazione di ragioni d'interesse pubblico tali da giustificare la lesione dell'impresa provvisoriamente aggiudicataria, in ragione del legittimo affidamento creatosi (Cons. St., sez. V, 08 novembre 2012, n. 5681; 29 dicembre 2009 n. 8966 e sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; T.A.R. Brescia, sez. II, 16 febbraio 2011, n. 302; T.A.R. Lazio, sez. II ter, 9 novembre 2009 n. 10991).

E' innegabile, d'altra parte, che l'annullamento che interviene dopo l'individuazione di un aggiudicatario provvisorio, decorsi i termini per l'approvazione dell'aggiudicazione - o comunque in assenza di rilievi mossi al vincitore ormai individuato, come verificatosi nel caso in esame - presenta profili di particolare delicatezza in relazione al rispetto dei principi di concorrenza, par condicio e massima ed effettiva tutela delle posizioni giuridiche dei concorrenti di un pubblico appalto.

Esso, infatti, si presta al legittimo dubbio che, proprio l'avvenuta individuazione di un concorrente "sgradito" possa aver influito sulla determinazione di annullamento. In tale delicatissima posizione, e nel rispetto dei cogenti principi di effettività del diritto comunitario della concorrenza, non può che concludersi che ancor più eccezionali, motivate e obiettivamente riscontrabili devono essere le ragioni addotte per l'annullamento (T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 marzo 2012 n. 345).

In conclusione, sotto tutti i profili esaminati, la stazione appaltante non pare aver fatto buon governo della norma regolativa del potere di autotutela, di cui all'art. 21 nonies L. 241/1990 e conseguentemente la domanda impugnatoria va accolta, con l'annullamento degli atti impugnati.

N. 01137/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ricorrente s.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata a cottimo fiduciario indetta dall'Istituto di Istruzione Superiore "M. RAELI" di Noto, ai sensi dell'art. 125 del D. L.vo n. 163/2006, con lettera di invito prot. n. 307/C14g del 15/01/2014, per la fornitura di attrezzature suddivise in 4 lotti, necessarie per la realizzazione di n. 1 intervento "Digitalizziamo il nostro istituto" — Progetto A-2 FESR06 POR Sicilia 2012-549.

L'importo a base di gara veniva fissato in € 135.000,00, IVA inclusa; quale criterio di aggiudicazione la lettera di invito prevedeva a pag. 2 quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 del D.L.vo n.163/2006), mentre a pag 6 specificava che "*La gara sarà aggiudicata secondo il criterio del prezzo piu' basso (art. 82 D. L.vo n. 163/2006 comma 2 lett. b) sull'importo della fornitura posto a base di gara, tenuto conto che un diverso criterio di aggiudicazione, nel rapporto costo-beneficio, non si presterebbe bene ad una migliore prestazione contrattuale a favore di questa Istituzione Scolastica, perché nella formulazione delle caratteristiche tecniche, in base alle esigenze della scuola, si è già tenuto conto della necessità di uniformare la richiesta di preventivo indicando condizioni specifiche tecniche aventi qualità minime di garanzia relativamente alla certificazione, funzionalità ed assistenza, tali da poter comparare i preventivi in maniera omogenea per le caratteristiche tecniche definite quali standard comuni di qualità....*".

Alla procedura negoziata, alla quale sono state invitate n. 9 ditte, hanno partecipato tre ditte compresa la ricorrente, che, all'esito delle operazioni di gara, nella seduta dell'11.02.2014 è risultata aggiudicataria provvisoria per i primi tre lotti in gara (non sono pervenute offerte per il lotto n. 4), a seguito della esclusione delle altre due ditte partecipanti, le quali non hanno reso la dichiarazione ex art. 17 l. n. 68 /99 ed inoltre non hanno dichiarato nell'offerta economica i costi della sicurezza aziendale.

Tuttavia, in data 11/03/2014, la Commissione di gara, preso atto della nota inviata dalla Ditta controinteressata S.p.A. (una delle due ditte escluse) in data 27/02/2014 - "Comunicazione violazioni di gara" - , invitava il Presidente della commissione, responsabile del procedimento, ad *"emanare provvedimento di annullamento in autotutela, e ad indire un nuovo bando..."*, e con provvedimento n. 2072/C/14g di pari data il Dirigente scolastico procedeva all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara e dell'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente, dando atto che si sarebbe provveduto *"alla indizione di un nuovo bando formalizzando lettera di invito agli stessi operatori economici del bando annullato con il presente provvedimento"*.

La ricorrente s.r.l. ha impugnato gli indicati provvedimenti, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi di diritto :

1) Eccesso di potere per violazione di legge. Violazione degli artt. 10, 10-bis e 25 della legge 07/08/1990 n. 241 e s.m.i. e della L.r. n. 10/1991 e s.m.i.

2) Eccesso di potere per violazione di legge. Violazione ed erronea interpretazione degli artt. 48 ed 82 del D.lgs 12/04/2006 n. 163, degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge 07/08/1990 n. 241 e della L.r. n. 10/1991. Eccesso di potere per errore dei presupposti, difetto di motivazione, motivazione perplessa, illogicità, incongruità ed irragionevolezza manifesta, contraddittorietà. Eccesso di potere per sviamento.

La ricorrente ha proposto domanda di risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio l'Istituto scolastico intimato, avversando il ricorso e chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza pubblica il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Il Collegio, ad un esame più approfondito della fattispecie, proprio della fase di merito del giudizio, ritiene di dover modificare l'orientamento espresso dalla Sezione in sede di sommaria deliberazione cautelare.

Il Collegio ritiene in particolare fondato il secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha lamentato che il potere di autotutela decisoria è stato esercitato, nella fattispecie, sulla base di presupposti erronei.

Risulta erroneo l'assunto secondo cui *"il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n.163/2006"*, come affermato dalla stazione appaltante nell'impugnato provvedimento n. 2072 dell'11.03.2014, poiché dall'esame della lettera di invito si rileva che, a parte la generica indicazione a pag. 2 *"che la gara sarà aggiudicata ai sensi dell'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006 (Offerta economicamente più vantaggiosa)"*, la stazione appaltante ha specificamente previsto all'art. 5 (Norme di riferimento, aggiudicazione e criteri di scelta – pag. 6 lettera di invito) che *"La gara sarà aggiudicata secondo il criterio del prezzo piu' basso (art. 82 D. L.vo n. 163/2006 comma 2 lett. b) sull'importo della fornitura posto a base di gara, tenuto conto che un diverso criterio di aggiudicazione, nel rapporto costo-beneficio, non si presterebbe bene"*

ad una migliore prestazione contrattuale a favore di questa Istituzione Scolastica, perché nella formulazione delle caratteristiche tecniche, in base alle esigenze della scuola, si è già tenuto conto della necessità di uniformare la richiesta di preventivo indicando condizioni specifiche tecniche aventi qualità minime di garanzia relativamente alla certificazione, funzionalità ed assistenza, tali da poter comparare i preventivi in maniera omogenea per le caratteristiche tecniche definite quali standard comuni di qualità....”.

Inoltre, come correttamente rilevato dalla società ricorrente, e come risulta dalla lettura dei verbali di gara, la commissione non ha effettuato alcuna valutazione tecnica delle offerte, né sono stati attribuiti ai concorrenti punteggi per l'offerta tecnica.

Ne deriva, ad avviso del Collegio, che erroneamente la stazione appaltante ha ritenuto sussistere la violazione del principio di segretezza delle offerte, in quanto, come questa Sezione ha avuto modo di affermare “... il principio della segretezza dell'offerta economica assume rilievo, non in procedure da aggiudicarsi secondo il criterio del massimo ribasso (che non comportano l'effettuazione di valutazioni discrezionali in merito all'offerta tecnica e quella economica), ma nelle diverse ipotesi di gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al riguardo è sufficiente far menzione della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 30 del 26 luglio 2012, in cui si è affermato che, relativamente alle - sole - procedure incentrate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, assume valenza il principio di mantenimento dinanzi alla Commissione di gara della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche, allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della Commissione stessa nella formazione dei giudizi tecnici. Ciò, ovviamente, non può avvenire nel caso di aggiudicazione con il criterio del massimo ribasso, atteso che in questa seconda ipotesi la stazione appaltante non formula un giudizio di carattere discrezionale sull'offerta tecnica, ma si limita a verificare - con una attività di natura vincolata - la conformità dell'offerta stessa con le prescrizioni di cui alla disciplina di gara” (TAR Catania, sez. II, n. 49/2015 del 13.01.2015; nello stesso senso Cons. Giust. Amm. Sic., 18/06/2014, n. 327)

Nel caso di specie, la richiesta da parte del rappresentante della ricorrente srl di esclusione delle ditte controinteressata 2 e controinteressata, anche se intervenuta dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecnico- economiche presentate dai concorrenti, con la conseguente conoscenza delle stesse da parte della Commissione, non ha potuto in alcun modo incidere sulla legittimità della procedura di gara, perché nel caso di gara che si svolge col criterio del prezzo più basso sull'importo della fornitura predeterminato dall'Amministrazione, la Commissione deve procedere alle sole operazioni aritmetiche di calcolo, prive di qualsivoglia discrezionalità.

Inoltre, sotto diverso profilo, la violazione dell'art. 38 del D.lgs n. 163/2006 da parte delle ditte escluse, riguarda requisiti che in ogni caso la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificare all'esito della gara, risultando acclarato che entrambe le ditte in questione non hanno reso la dichiarazione di cui all'articolo 17 della legge 12/03/1999 n. 68, di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, ovvero di non essere assoggettate agli obblighi di cui alla L. n. 68/1999.

Le ditte controinteressata 2 e controinteressata dovevano, quindi, in ogni caso essere escluse dalla gara per mancanza di un requisito essenziale e non si comprende in quale modo ciò possa avere modificato illegittimamente la disciplina di gara o inficiato il principio del favor participationis - secondo quanto affermato dall'istituto scolastico resistente nel verbale n. 4 impugnato -, dovendosi piuttosto evidenziare che l'immotivato esercizio del potere di autotutela nel caso in esame ha finito con il risolversi, in via di fatto, nel cd. "soccorso istruttorio" ex art. 46 Codice contratti che, per l'ipotesi di mancanza del requisito prima descritto, non poteva in alcun modo essere consentito.

E' poi radicalmente mancata una motivata valutazione di opportunità dell'annullamento, rapportata a profili di interesse pubblico diversi da quello inerente il mero ripristino della legalità, anche sul fronte della comparazione tra interesse pubblico e privato, in quanto gli atti impugnati trascurano del tutto la posizione dell'aggiudicatario provvisorio.

Se pure è vero che l'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 fa salvo l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante finanche a seguito dell'aggiudicazione definitiva e che, quindi, tale potere sussiste a maggior ragione a fronte della semplice deliberazione di aggiudicazione provvisoria, tuttavia è indiscutibile che l'annullamento qui impugnato, pur se intervenuto a procedimento non del tutto concluso, è stato deciso ad uno stato del medesimo particolarmente avanzato e costituisce evento non fisiologico di una procedura di evidenza pubblica: come tale, necessitava di una puntuale, oggettiva, rigorosa e riscontrabile giustificazione in relazione agli elementi concreti e obiettivi sui quali si fondava la scelta di non procedere più all'aggiudicazione definitiva.

Né può sostenersi che l'assenza di una posizione consolidata in capo all'aggiudicatario provvisorio escludesse la necessità di un motivato interesse pubblico alla vanificazione della procedura, che tenesse conto anche dell'interesse del privato concorrente. La giurisprudenza ha chiarito, infatti, che l'aggiudicazione provvisoria, quantunque sia dotata di effetti instabili e non generi alcun affidamento qualificato, comporta comunque la necessità che un eventuale revisione o caducazione della procedura sia congruamente motivata con la precisa indicazione di ragioni d'interesse pubblico tali da giustificare la lesione dell'impresa provvisoriamente aggiudicataria, in ragione del legittimo affidamento creatosi (*Cons. St., sez. V, 08 novembre 2012, n. 5681; 29 dicembre 2009 n. 8966 e sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; T.A.R. Brescia, sez. II, 16 febbraio 2011, n. 302; T.A.R. Lazio, sez. II ter, 9 novembre 2009 n. 10991*).

E' innegabile, d'altra parte, che l'annullamento che interviene dopo l'individuazione di un aggiudicatario provvisorio, decorsi i termini per l'approvazione dell'aggiudicazione - o comunque in assenza di rilievi mossi al vincitore ormai individuato, come verificatosi nel caso in esame - presenta profili di particolare delicatezza in relazione al rispetto dei principi di concorrenza, par condicio e massima ed effettiva tutela delle posizioni giuridiche dei concorrenti di un pubblico appalto. Esso, infatti, si presta al legittimo dubbio che, proprio l'avvenuta individuazione di un concorrente "sgradito" possa aver influito sulla determinazione di annullamento. In tale delicatissima posizione, e nel rispetto dei cogenti principi di effettività del diritto comunitario della concorrenza, non può che concludersi che ancor più eccezionali, motivate e obiettivamente riscontrabili devono essere le ragioni addotte per l'annullamento (*T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 marzo 2012 n. 345*).

In conclusione, sotto tutti i profili esaminati, la stazione appaltante non pare aver fatto buon governo della norma regolativa del potere di autotutela, di cui all'art. 21 nonies L. 241/1990 e conseguentemente la domanda impugnatoria va accolta, con l'annullamento degli atti impugnati.

Quanto alla domanda risarcitoria, nella fattispecie è da ritenersi che certamente la ricorrente si sarebbe aggiudicata la gara in via definitiva, atteso che l'Amministrazione non ha rappresentato ragioni ostative inerenti al mancato possesso di requisiti da parte della ricorrente srl.

Nel caso di specie, è indubbio che si sia realizzata la lesione della situazione soggettiva tutelata, in quanto l'operato dell'Amministrazione ha violato l'interesse legittimo della ricorrente ad un corretto svolgimento della gara, al quale era sotteso l'interesse pretensivo al c.d. "bene della vita", rappresentato, in questo caso, dall'aggiudicazione della gara stessa.

Il nesso causale sussiste anch'esso, perché se la stazione appaltante avesse osservato le norme applicabili alla procedura, la ricorrente si sarebbe vista aggiudicare la gara. E tale violazione ha poi determinato un sicuro danno patrimoniale alla ricorrente che, con l'aggiudicazione, avrebbe lucrato il c.d. utile d'impresa.

Circa l'elemento soggettivo della colpa della amministrazione, deve richiamarsi la sentenza 30 settembre 2010 numero C314/09, con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha escluso qualsiasi rilevanza della colpa in materia di appalti ai fini della tutela risarcitoria; a tale decisione ha fatto seguito la giurisprudenza ormai consolidata del giudice amministrativo in base alla quale non occorre fornire in materia di appalti la prova della colpa della P.A. (cfr. tra le tante, *Consiglio di Stato sez. V, 31 dicembre 2014 n. 6450; Consiglio di Stato sez. V 14/10/2014 n. 5115;*

Cons. Stato Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193; Sez. III, 18 luglio 2011, n. 4355 e Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837).

In ordine alla quantificazione dei danni subiti, osserva il Collegio che, per giurisprudenza costante, il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto, si presume invece che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori a titolo di aliunde perceptum, coerentemente con quanto previsto in via generale dall'art. 1227 c.c.

Nella fattispecie in esame, in mancanza di prova contraria, deve pertanto ritenersi che l'impresa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per l'annullamento dell'aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato forfettariamente nella misura del 50% (C.S., Sez. IV, 11.11.2014 n. 5531, Sez. III, 12.11.2014 n. 5567, Sez. V, 8.8.2014 n. 4248).

La ricorrente richiede altresì il danno curriculare in considerazione del mancato arricchimento delle proprie referenze aziendali.

In particolare, trattandosi in questo caso di risarcimento di un danno futuro (il danno che l'impresa riceverà in futuro per il mancato inserimento di questo specifico appalto nel proprio curriculum

d'impresa, e cioè per la mancata acquisizione di requisiti di qualificazione e di valutazione invocabili in successive gare), la determinazione di tale voce di danno può compiersi esclusivamente secondo un criterio di probabilità, che in casi come quello oggetto di causa è certamente elevata, essendo legata alla normale attività d'impresa, fondata su una necessaria costante partecipazione alle gare d'appalto.

Motivo per il quale il Collegio ritiene che la voce di danno in questione possa essere ragionevolmente quantificata in misura pari al 2% dell'offerta economica avanzata.

In conclusione, la domanda risarcitoria va accolta, dovendosi condannare la stazione appaltante a risarcire il danno subito dalla ricorrente nella misura del 50% dell'utile di impresa (base d'asta decurtata del ribasso offerto); a tale somma dovrà essere aggiunto il 2% dell'offerta economica prodotta in gara dalla ricorrente (base d'asta decurtata del ribasso offerto) a titolo di danno curriculare, il tutto nel termine di 60 giorni, decorrente dalla comunicazione o notificazione della presente decisione.

Considerato poi che dal momento della liquidazione giudiziale il debito risarcitorio di valore si trasforma in debito di valuta, sulla somma complessiva, così determinata, dovranno essere corrisposti gli interessi di mora al saggio legale, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

Il diverso esito della fase cautelare del giudizio costituisce motivo idoneo a giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti; resta a carico dell'amministrazione il rimborso alla ricorrente del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla gli impugnati provvedimenti.

Condanna la stazione appaltante a risarcire il danno in favore della ricorrente, secondo i criteri e nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate; resta a carico dell'amministrazione il rimborso alla ricorrente del contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente FF

Giuseppa Leggio, Consigliere, Estensore

Francesco Elefante, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)