

Affidamenti pubblici secondo le convenzioni e accordi previsti da Consip s.p.a. Annullamento dell'aggiudicazione disposto ai sensi dell'art. 21 nonies L. 241/1990

di Giovanni Corbyons

Data di pubblicazione: 30-6-2016

1) L'amministrazione, nelle procedure di affidamento dei servizi di approvvigionamento combustibile e conduzione di impianti elettrici, non è obbligata a ricorrere alle convenzioni previste da Consip s.p.a.. Infatti, l'art. 1, comma del d.l. 95/2012 fa salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a determinate condizioni. Ne deriva, dunque, che non trova applicazione l'art. 1, comma 1, del d.l. 95/2012 che prevede la nullità del contratto per violazione degli obblighi di approvvigionamento secondo gli strumenti messi a disposizione da Consip s.p.a.

2) E' illegittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposto ai sensi dell'art. 21 nonies della Legge 241/1990 qualora l'Amministrazione ravvisi una inopportunità sopravvenuta e successiva all'aggiudicazione dell'appalto (nel caso di specie, l'intervenuta convenzione di Consip s.p.a.). In tali casi, infatti, l'Amministrazione deve procedere mediante l'istituto della revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies della Legge 241/1990, con conseguente obbligo di indennizzo a favore della società aggiudicataria.

(1) Non constano precedenti;

(2) Conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266; Conforme Tar Lazio, Sez. II ter, 6 marzo 2013 n. 2432; conforme Tar Roma, sez. III bis, 26 giugno 2014 n. 6798;

Guida alla lettura

Il Tar Umbria è chiamato ad esprimersi sulle due principali questioni: *i)* l'esistenza o meno di un obbligo per l'Amministrazione di approvvigionarsi, nelle categorie merceologiche individuate dal d.l. 95/2012, secondo le convenzioni previste da Consip s.p.a.; *ii)* la legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione disposto ex art. 21 nonies L. 241/1990 per il verificarsi di

un fatto sopravvenuto.

Sul primo punto, il Tar, ha osservato che l'**art. 1, comma 7 del d.l. 95/2012** consente all'Amministrazione di procedere ad affidamenti anche al di fuori delle convenzioni previste da Consip s.p.a. purché conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica e prevedano dei corrispettivi inferiori rispetto a quelli indicati nelle convenzioni Consip s.p.a. (come avvenuto in tale circostanza in cui l'amministrazione ha conseguito un vantaggio economico pari al 26,23 per cento).

Nel caso di specie, dunque, non trova applicazione l'art. 1, comma 1, del d.l. 95/2012 che prevede la nullità dei contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento secondo gli strumenti messi a disposizione da Consip s.p.a.

Il Tar poi ha confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'Amministrazione può annullare d'ufficio l'aggiudicazione ex art. **21 nonies della Legge 241/1990** solo nel caso in cui ravvisi una illegittimità originaria dell'aggiudicazione stessa. Nel caso, invece, di inopportunità sopravvenuta dell'aggiudicazione, l'amministrazione deve procedere con lo strumento della revoca ex art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di indennizzare la società aggiudicataria.

Tale facoltà, conclude la sentenza in rassegna, avrebbe potuto essere esercitata dall'Amministrazione anche una volta intervenuta la stipula del contratto, attraverso l'utilizzo dell'istituto del recesso.

Art. 1, comma 7, d.l. 95 del 2012: *“E' fatta salva la possibilita' di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalita', a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip SpA e dalle centrali di committenza regionali.”*

Art. 1, comma, d.l. 95/2012: *“I contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilita' amministrativa.”*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 900 del 2015, proposto da:

C.P.M. Gestioni Termiche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elena Daniele, Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Baglioni in Perugia, Via Manara, 3;

contro

Comune di Acquasparta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Federica Pasero, con domicilio eletto presso l'avv. Federica Pasero in Perugia, piazza Piccinino n. 9;

per l'annullamento

- della determinazione del Settore Tecnico del Comune di Acquasparta, n°352 del 28.09.2015, comunicata a mezzo pec in data 13.10.2015, avente ad oggetto: "Annullamento atto dir. N°39/ST/2015 di aggiudicazione definitiva CIG n. 5961851315 "Servizio energia: comprendente l'approvvigionamento combustibile, conduzione impianti termici, manutenzione, terzo responsabile, pronto intervento e reperibilità presso gli stabili del Comune di Acquasparta" con la quale l'Ente comunicava a CPM Gestioni Termiche, quale aggiudicataria del predetto servizio in virtù di Determina dirigenziale n. 39 del 05.02.2015, l'annullamento d'ufficio della predetta aggiudicazione definitiva della procedura di evidenza pubblica in oggetto;- della nota prot. 3950 del 09.05.2015 del Comune di Acquasparta con la quale si comunicava a CPM Gestioni Termiche l'avvio del procedimento diretto all'annullamento della predetta aggiudicazione definitiva "in quanto la stessa appare in contrasto con l'art. 7 comma 2 del D.L. 07.05.2012 n. 52 convertito in legge n. 94/12 e con l'art. 1 comma 1 del D.L. 95/12 convertito in legge n. 135/12"; di ogni altro atto connesso, presupposto o comunque collegato, ove ritenuto lesivo della posizione di parte ricorrente; con riserva di proposizione di motivi

aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Acquasparta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna la determinazione comunale in data 28 settembre 2015 con la quale le è stato comunicato l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva (di cui alla determina dirigenziale n. 39 del 2015) in proprio favore del "servizio energia comprendente l'approvvigionamento combustibile, conduzione impianti elettrici, manutenzione, terzo responsabile, pronto intervento e reperibilità presso gli stabili del Comune di Acquasparta".

Premette di avere partecipato alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio predetto, indetta con determina n. 375 del 9 ottobre 2014, nella quale si dà espressamente atto che «l'ente non ha aderito alle convenzioni Consip, in quanto non esistono al momento convenzioni attive ai sensi dell'art. 26, comma 1, della legge n. 488/1999 per beni e servizi oggetto della presente procedura di acquisizione».

Espone che, successivamente alla delibera n. 39 in data 5 febbraio 2015, di aggiudicazione dell'appalto in suo favore, le è stato comunicato l'avvio del procedimento diretto all'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 dell'aggiudicazione stessa, in quanto asseritamente in contrasto con l'art. 7, comma 2, del d.l. n. 52 del 2012 e con l'art. 1, comma 1, del d.l. n. 95 del 2012.

Aggiunge di avere rappresentato in sede di contraddittorio procedimentale che la prima convenzione Consip per il settore energia è stata approvata solamente in data 12 novembre 2014 per il lotto relativo alle Regioni Marche ed Umbria; di qui l'illegittimità del ricorso all'annullamento d'ufficio per la sopravvenienza di una convenzione Consip (la c.d. S.I.E. 3) dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte; inoltre ha rappresentato che, anche in presenza di una convenzione Consip disponibile, l'Amministrazione doveva procedere alla comparazione tra i servizi offerti in convenzione e quelli oggetto dell'appalto

aggiudicato, nonché alla valutazione della maggiore vantaggiosità delle condizioni offerte dalla sopravvenuta convenzione rispetto a quelle proposte dalla stessa società ricorrente. Dalla comparazione tra le condizioni economiche stabilite nella convenzione Consip "S.I.E.3" e l'offerta di C.P.M. S.r.l. si evince che, con la stipula del contratto la Amministrazione avrebbe conseguito un risparmio economico di ben 25.294,63 euro, pari al 26,23 per cento dell'importo necessario per approvvigionarsi tramite la convenzione Consip.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1)Violazione degli artt. 21-octies e nonies della legge n. 241 del 1990 in relazione ai presupposti dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva già adottata in favore di C.P.M., nonché violazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge n. 241 del 1990 con riferimento all'omesso esame delle osservazioni procedurali; eccesso di potere per difetto di motivazione come conseguenza del difetto di istruttoria; falso presupposto; illogicità.

L'annullamento dell'aggiudicazione è motivato in considerazione della sopravvenienza di un fatto nuovo rispetto alla determinazione di indizione della procedura di gara, risalente all'inizio di ottobre 2014, così violando la disciplina dell'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi. Alla data di pubblicazione del bando non era vigente alcuna convenzione della Consip attiva per il settore di riferimento, e neppure alla data di scadenza della presentazione delle offerte, e cioè il 10 novembre 2014. La prima convenzione inerente il servizio energia (la c.d. "S.I.E. 3") è stata approvata solamente il 12 novembre 2014 per il lotto relativo alla Regione Marche ed alla Regione Umbria. La nuova convenzione Consip era dunque sopravvenuta al momento dell'aggiudicazione definitiva, ma non esiste alcuna disposizione normativa che obblighi la stazione appaltante ad annullare l'aggiudicazione in ipotesi di sopravvenienza di una nuova convenzione tra la data dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva, allorchè la gara si è già esaurita. A tutto voler concedere, dunque, l'Amministrazione avrebbe dovuto agire in autotutela con lo strumento della revoca ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, con la conseguente necessità di indennizzare la società ricorrente.

Il gravato provvedimento non ha peraltro tenuto conto della rappresentazione, in sede di memoria partecipativa conseguente all'instaurazione del contaddittorio procedimentale, di tali argomenti.

2)Violazione dell'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012, nonché dell'art. 7, comma 2, del d.l. n. 52 del 2012 in combinato disposto con l'art. 1, comma 449, della legge n. 296 del 2006, quanto all'inesistenza di alcun obbligo generalizzato per i Comuni di approvvigionarsi, in determinate categorie merceologiche, mediante ricorso al M.E.P.A. a pena di nullità dei relativi contratti ed a prescindere da qualsivoglia valutazione in merito all'eventuale maggiore convenienza economica del ricorso a procedura di evidenza pubblica; eccesso di potere nella figura sintomatica del difetto di motivazione come conseguenza del difetto di istruttoria; contraddittorietà interprovvedimentale; illogicità; travisamento; violazione del principio di imparzialità e buon andamento ex art. 97 della Costituzione.

Il Comune di Acquasparta non aveva alcun obbligo di approvvigionarsi facendo ricorso alla

convenzione Consip, ma poteva procedere alla stipula del contratto con C.P.M. facendo seguito all'aggiudicazione già intervenuta.

Vertendosi al cospetto di un appalto di fornitura di energia elettrica doveva trovare applicazione l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012, che, in rapporto di specialità con l'art. 7, comma 2, del d.l. n. 52 del 2012, consente all'Amministrazione di esperire proprie autonome procedure, a condizione che prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni ed accordi quadro messi a disposizione da Consip. La presente fattispecie è dunque esentata dall'obbligo di approvvigionamento tramite MEPA; al più, il contratto poteva essere sottoposto alla condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai corrispettivi indicati nelle convenzioni messe a disposizione di Consip nel caso di successiva disponibilità delle medesime.

In ogni caso, anche a ritenere applicabile l'art. 7, comma 2, del d.l. n. 52 del 2012, tale disposizione lascia intatto l'esercizio della facoltà di cui all'art. 1, comma 449, della legge n. 296 del 2006, e dunque anche quella di utilizzare i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

3) Violazione dell'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012, nonché dell'art. 7, comma 2, del d.l. n. 52 del 2012 in combinato disposto con l'art. 1, comma 449, della legge n. 296 del 2006 quanto all'omessa verifica in concreto circa la comparabilità e la maggiore vantaggiosità economica del contratto stipulando con C.P.M. rispetto alla convenzione Consip "S.I.E. 3" sopravvenuta all'espletamento della gara; violazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge n. 241 del 1990; difetto di motivazione; violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione ex art. 97 della Costituzione.

Se anche vi fosse stata una convenzione Consip disponibile, il Comune di Acquasparta, prima di annullare d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, avrebbe dovuto necessariamente procedere, in contraddittorio con la C.P.M. S.r.l., ad una duplice valutazione in merito : a) alla comparabilità tra i servizi oggetto di tale pretesa sopravvenuta convenzione della Consip e quelli oggetto dell'appalto aggiudicato in favore di C.P.M.; b) alla maggiore vantaggiosità in concreto delle condizioni e dei termini contrattuali offerti dalla sopravvenuta convenzione della Consip S.p.a. rispetto a quelli di C.P.M. Nella specie, in allegato alle osservazioni del 5 giugno 2015, la C.P.M. ha inoltrato alla Stazione appaltante un'articolata comparazione tra le condizioni economiche stabilite dalla convenzione Consip "S.I.E. 3" del novembre 2014 e l'offerta di C.P.M., dalla quale risulta che la scelta di approvvigionarsi tramite C.P.M. avrebbe assicurato al Comune un risparmio economico di euro 25.294,63, pari al 26,23 per cento in meno dell'importo necessario per approvvigionarsi mediante la convenzione Consip.

Si è costituito in giudizio il Comune di Acquasparta eccependo l'inammissibilità del ricorso per omessa notificazione al soggetto controinteressato, e cioè alla ditta Antas, gestore Consip, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 23 marzo 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità per omessa notificazione del ricorso alla ditta Antas, gestore Consip, e quindi asseritamente controinteressata.

L'eccezione, sebbene problematica, ad avviso del Collegio deve essere disattesa.

Ed invero, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, la qualifica di controinteressato in senso processuale richiede un requisito formale, dato dall'indicazione del nominativo nel provvedimento amministrativo, ed un requisito sostanziale, costituito dalla sussistenza di un interesse favorevole al mantenimento della situazione attuale definita dal provvedimento stesso (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4582; Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 299).

Nella vicenda in esame dalla determinazione gravata, di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, non è indicato, né facilmente individuabile il controinteressato, il cui nominativo, peraltro del tutto genericamente, è solamente contenuto in un messaggio di posta elettronica proveniente dal geometra dell'Amministrazione. Anche con riguardo al c.d. elemento sostanziale, probabilmente, al momento della notificazione del ricorso, il gestore Consip non poteva qualificarsi come controinteressato, non essendo ancora titolare di una situazione giuridica di vantaggio, derivante eventualmente dall'aggiudicazione in adesione alla convenzione Consip.

2. - Lo scrutinio del primo motivo di ricorso (con cui si deduce l'illegittimità dell'annullamento *ex officio* dell'aggiudicazione, motivato in considerazione di un fatto sopravvenuto rispetto al momento di indizione, risalente all'ottobre 2014, della procedura di gara, nel quale, come pure al termine di scadenza della presentazione delle offerte, fissato al 10 novembre 2014 non era vigente alcuna convenzione Consip attiva per il settore di riferimento, intervenuta, per il lotto relativo alle Regioni Umbria e Marche, solamente il successivo 12 novembre 2014) presuppone che sia preliminarmente trattato il secondo mezzo, concernente l'esistenza di un obbligo generalizzato per i Comuni di approvvigionarsi mediante ricorso alla convenzione Consip, a pena di nullità dei relativi contratti.

Ed infatti solamente l'esatta enucleazione dell'ambito di operatività delle convenzioni Consip consente di valutare se sia ravvisabile un potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione a fronte di una convenzione Consip intervenuta dopo l'espletamento della procedura di gara, ma prima sia dell'aggiudicazione definitiva, che, ovviamente, di quella definitiva.

Ad avviso di parte ricorrente, dovendo trovare applicazione l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012 per un appalto di fornitura di energia elettrica, non era configurabile l'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni Consip.

L'assunto appare meritevole di positiva valutazione.

Ed invero la disposizione da ultimo citata fa salva la possibilità di procedere ad affidamenti, tra l'altro nel settore merceologico interessato dalla presente controversia, anche al di fuori delle convenzioni od accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.a. e dalle centrali di

committenza regionali, «a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.a. e dalle centrali di committenza regionali».

Nel caso di specie, in particolare, vi è stato un procedimento di evidenza pubblica, seppure nella forma semplificata della procedura negoziata per una fornitura in economia, ed al contempo è incontestato che il contratto stipulando con la società ricorrente sarebbe stato più conveniente rispetto alla convenzione Consip “S.I.E. 3”, consentendo all’Amministrazione comunale un risparmio di euro 25.294,63, pari al 26,23 per cento in meno rispetto alla convenzione Consip.

Giova a questo riguardo precisare che il cottimo fiduciario rientra tra le procedure di gara, ed in particolare tra quelle negoziate (artt. 3, comma 40, e 125 del d.lgs. n. 163 del 2006); sebbene si caratterizza per una scelta ampiamente discrezionale, risulta comunque contrassegnato dal rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità da attuare attraverso la rotazione tra le ditte da consultare e con le quali negoziare le condizioni dell’appalto. Ne consegue che il cottimo fiduciario, pur avendo caratteri di semplicità ed informalità, si sostanzia comunque in una procedura che non si sottrae all’osservanza delle regole generali che presidono all’affidamento dei contratti pubblici (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195; Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 65).

Discende da quanto esposto che effettivamente nella fattispecie controversa il Comune di Acquasparta non aveva l’obbligo di approvvigionarsi mediante ricorso alla convenzione Consip; piuttosto il contratto, come prescritto sempre dall’art. 1, comma 7, del d.l. n. 95 del 2012, avrebbe dovuto essere sottoposto a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip prevedenti condizioni di maggior vantaggio economico in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati.

In altri termini, per la fornitura in questione non trova applicazione l’art. 1, comma 1, del d.l. n. 95 del 2012 che statuisce, come regola generale, la nullità dei contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti messi a disposizione da Consip S.p.a.

Corollario di ciò è che deve essere esclusa la configurabilità di un obbligo, da parte dell’Amministrazione resistente, di ricorso alla convenzione Consip, sopraggiunta in corso di gara, ai fini dell’aggiudicazione della fornitura di energia elettrica.

3. - Con queste premesse, appare evidente la fondatezza anche del primo motivo di ricorso con il quale viene censurato l’utilizzo del provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione, atteso che non è dato rinvenire un’illegittimità originaria dell’aggiudicazione stessa, essendo la convenzione “S.I.E. 3” intervenuta in pendenza del procedimento, e comunque scaduto il termine di presentazione delle offerte.

Al più, l'Amministrazione avrebbe potuto ravvisare un'inopportunità sopravvenuta dell'aggiudicazione dell'appalto alla società C.P.M. e provvedere, di conseguenza, con lo strumento della revoca, nei termini di cui alla disciplina contenuta nell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990; del resto una simile facoltà avrebbe potuto essere esercitata, al fine di aderire alle migliori condizioni previste da una convenzione Consip, anche una volta stipulato il contratto, sebbene in tale caso sarebbe venuto in rilievo l'istituto del recesso (in termini C.G.A. Sicilia, 21 gennaio 2015, n. 49).

4. - Le considerazioni che precedono inducono all'accoglimento del ricorso, potendosi dichiarare l'assorbimento del terzo mezzo, specificativo dei primi due, con conseguente annullamento della determinazione comunale impugnata.

La peculiarità e complessità della vicenda giustificano la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 03/06/2016

IL SEGRETARIO



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