

Il provvedimento di autotutela dell'errore materiale compiuto nell'attribuzione del punteggio di gara non richiede né la comunicazione di avvio del procedimento né alcun particolare onere motivazionale

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 24-4-2017

1.E' da escludere la giurisdizione del G.A. in relazione alla domanda risarcitoria basata sull'affermazione di aver fatto incolpevole affidamento sulla apparente legittimità del provvedimento favorevole poi annullato in autotutela, non trattandosi di lesione derivante dall'esercizio (illegittimo) del potere pubblico consumato in danno del soggetto istante con sacrificio sostanziale del corrispondente bene della vita, bensì dell'annullamento legittimo in autotutela di un provvedimento di aggiudicazione in precedenza illegittimamente emanato.

2.Non sussiste l'obbligo di previo avviso dell'avvio del procedimento ai sensi della legge n. 241/1990 in riferimento alla correzione del punteggio e all'annullamento della precedente illegittima aggiudicazione in caso di correzione di mero errore materiale, trattandosi di attività priva (sul piano concreto) di margini di discrezionalità (amministrativa o tecnica) per l'Amministrazione precedente.

3.E' legittimo il provvedimento di autotutela amministrativa fondato sul rilievo dell'errore materiale compiuto nell'attribuzione del punteggio di gara, non occorrendo alcun onere di particolare motivazione in merito alla esistenza dell'interesse pubblico e alla comparazione con l'interesse dei soggetti privati alla conservazione dell'atto ritirato.

Guida alla lettura.

La sentenza annotata riguarda il ricorso proposto da una società avverso l'annullamento disposto da un Comune ex art. 21-nonies della Legge 7 Agosto 1990 n° 241 della precedente determinazione con la quale, in esito ad una procedura aperta indetta per la concessione in uso gratuito dell'immobile comunale adibito ad Asilo Nido per l'espletamento del servizio Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009) era stata aggiudicata definitivamente alla ricorrente la concessione del servizio di Asilo Nido

La ricorrente sosteneva l'illegittimità del provvedimento comunale e chiedeva, comunque, l'indennizzo ex art. 21-quinquies Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e il risarcimento dei danni in quanto derivati dal comportamento ritenuto contrario a buona fede e correttezza posto in

essere dalla P.A., alla quale era addebitabile una responsabilità di tipo precontrattuale.

La determinazione di annullamento, in particolare, era stata dettata dalla circostanza che la Commissione giudicatrice con il verbale integrativo dei lavori già svolti aveva rilevato che: *“...per mero errore materiale di battitura della scheda di valutazione, è stato attribuito il punteggio pari a 2, mentre in realtà la Commissione aveva determinato in punti 6 la valutazione della esperienza nella gestione dei servizi identici, in asili con capacità ricettiva pari o superiore a 20 bambini”*.

Invero, nel caso di specie - come sottolineato dal Collegio - non si era in presenza di una revoca disposta ai sensi dell'art. 21-quinquies Legge 7 Agosto 1990 n° 241, ma di un provvedimento di annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies della medesima Legge n° 241/1990, per cui è stata esclusa la giurisdizione del G.A. in relazione alla ulteriore domanda risarcitoria basata sull'affermazione di aver fatto incolpevole affidamento sulla apparente legittimità del provvedimento favorevole (poi, annullato in autotutela), atteso che, ampliando la sfera giuridica soggettiva dell'interessato, l'eventuale danno conseguente rientrerebbe nella giurisdizione dell'A.G.O., non trattandosi di lesione derivante dall'esercizio (illegittimo) del potere pubblico consumato in danno del soggetto istante con sacrificio sostanziale del corrispondente bene della vita, bensì dell'annullamento legittimo in autotutela di un provvedimento di aggiudicazione in precedenza illegittimamente emanato (Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanze 23 Marzo 2011 nn° 6594, 6595 e 6596).

Nel merito, il Collegio ha ritenuto che il provvedimento impugnato, quale espressione del potere di autotutela proprio dell'Amministrazione, fosse legittimo in quanto fondato sul rilievo dell'errore materiale compiuto nell'attribuzione del punteggio spettante alla Società controinteressata; pertanto, nessun onere di particolare motivazione in merito alla esistenza dell'interesse pubblico e alla comparazione con l'interesse dei soggetti privati poteva ritenersi sussistente, dal momento che, come chiarito dall'insegnamento giurisprudenziale prevalente e condivisibile, deve ritenersi appartenere alla P.A. il potere di correzione dell'errore materiale o di fatto nel quale sia incorsa, senza che si renda necessario al riguardo valutare comparativamente le posizioni coinvolte (Consiglio di Stato, VI Sezione, 17 Luglio 2008 n° 3597; 12 Aprile 2007 n° 1698).

Ha sottolineato, infatti, il Collegio che *“L'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento (e la sua preminenza rispetto a quello del privato) è, infatti, insito nel fatto che l'errata (ed illegittima) attribuzione del punteggio continua a produrre effetti nel tempo, con permanente lesione non solo dell'interesse pubblico medesimo (a scegliere l'offerta effettivamente migliore), ma anche dei soggetti partecipanti alla medesima procedura di gara che si vedono illegittimamente posposti nella graduatoria finale.”*

Al contempo, è stata esclusa la violazione dell'obbligo di previo avviso dell'avvio del procedimento teso alla correzione del punteggio e all'annullamento della precedente illegittima aggiudicazione, *“dal momento che tale obbligo non sussiste nel caso di correzione di mero errore materiale, trattandosi di attività priva (sul piano concreto) di margini di discrezionalità (amministrativa o tecnica) per l'Amministrazione procedente, rispetto alla quale l'eventuale collaborazione del privato non potrebbe assumere alcuna rilevanza, anche*

considerato che, ai sensi dell'art. 21-octies secondo comma della Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e ss.mm., l'Amministrazione resistente ha dimostrato in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento gravato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Consiglio di Stato, VI Sezione, 17 Luglio 2008 n° 3597)."

Dalla legittimità del provvedimento di autotutela, quindi, è disceso il rigetto della domanda risarcitoria (in forma specifica o per equivalente monetario).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 92 del 2009, proposto da:

Società Cooperativa Sociale "XXX" Onlus a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Fiocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Duca degli Abruzzi, 20;

contro

Comune di Monteroni di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Danilo Lorenzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria, 157;

nei confronti di

Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus a r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n° 221 del 29 Ottobre 2008, con cui il Responsabile del Settore V del Comune di Monteroni di Lecce ha disposto l'annullamento, ex art. 21-nonies della Legge 7 Agosto 1990 n° 241, della precedente determinazione n° 209 del 15 Ottobre 2008, con la quale (in esito alla procedura aperta indetta per la concessione in uso gratuito dell'immobile comunale adibito ad Asilo Nido per l'espletamento del servizio Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009) era stata aggiudicata definitivamente alla ricorrente la concessione del servizio di Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009 da espletarsi presso l'immobile di proprietà

comunale sito alla via, ed ha contestualmente affidato il servizio alla controinteressata Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus a r.l.;

di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto;

e per la reintegrazione in forma specifica o, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente monetario dovuto in forza del provvedimento illegittimo adottato dal Comune di Monteroni, o per l'indennizzo ex art. 21-quinquies Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e per il risarcimento dei danni derivati dal comportamento contrario a buona fede e correttezza posto in essere dalla P.A., alla quale è addebitabile una responsabilità di tipo precontrattuale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monteroni di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 Aprile 2017 il Presidente dott. Enrico d'Arpe e uditi per le parti gli Avvocati Andrea Fiocco e Danilo Lorenzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società Cooperativa Sociale ricorrente impugna la determinazione n° 221 del 29 Ottobre 2008, con cui il Responsabile del Settore V del Comune di Monteroni di Lecce ha disposto l'annullamento, ex art. 21-nonies della Legge 7 Agosto 1990 n° 241, della precedente determinazione n° 209 del 15 Ottobre 2008, con la quale (in esito alla procedura aperta indetta per la concessione in uso gratuito dell'immobile comunale adibito ad Asilo Nido per l'espletamento del servizio Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009) era stata aggiudicata definitivamente alla ricorrente la concessione del servizio di Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009 da espletarsi presso l'immobile di proprietà comunale sito alla via Martiri di Via Fani, ed ha contestualmente affidato il servizio alla controinteressata Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus a r.l., nonché ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto. Chiede, altresì, la reintegrazione in forma specifica o, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente monetario (quantificati in € 14.000,00, oltre il lucro cessante) dovuto in forza del provvedimento illegittimo adottato dal Comune di Monteroni, o l'indennizzo ex art. 21-quinquies Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e il risarcimento dei danni (quantificati in € 14.000,00, oltre il lucro cessante) derivati dal comportamento contrario a buona fede e correttezza posto in essere dalla P.A., alla quale è addebitabile una responsabilità di tipo precontrattuale.

A sostegno del ricorso sono stati formulati i seguenti motivi di gravame.

Erroneità manifesta – Erronea valutazione del punteggio – Travisamento dei fatti – Errata valutazione delle attestazioni prodotte.

Violazione dei principi del giusto procedimento – Violazione e falsa applicazione art. 7 Legge n° 241/1990 – Violazione e falsa applicazione art. 21-quinquies Legge n° 241/1990 – Violazione e falsa applicazione art. 3 Legge n° 241/1990.

Violazione dell'art. 21-quinquies della Legge n° 241/1990.

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento giuridico delle domande azionate, la Società ricorrente concludeva come sopra riportato.

Si è costituito in giudizio il Comune di Monteroni di Lecce, depositando memorie difensive con le quali ha puntualmente replicato alle argomentazioni della controparte, concludendo per la declaratoria di inammissibilità ed, in ogni caso, per la reiezione del ricorso.

Non si è costituita in giudizio la controinteressata Società Cooperativa Sociale “YYY” Onlus a r.l..

La ricorrente ha presentato, in via incidentale, istanza di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, che è stata respinta da questa Sezione con ordinanza n° 144 del 5-6 Febbraio 2009.

Con la memoria finale depositata in data 10 Marzo 2017, il difensore della Società ricorrente ha dichiarato che “dato il tempo trascorso, l'annullamento dell'atto impugnato non risulta più utile per la ricorrente, la quale ha diritto e interesse al risarcimento del danno...”.

Alla pubblica udienza del 12 Aprile 2017, su richiesta di parte, la causa è stata posta in decisione.

Si ritiene possibile prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità del gravame sollevate dalla difesa del Comune resistente, poiché il ricorso è sicuramente infondato nel merito e va respinto, nel mentre va dichiarato il difetto di giurisdizione dell'adito G.A. solo in relazione alla domanda risarcitoria (pure azionata dalla parte ricorrente) basata sull'affermazione di aver fatto incolpevole affidamento sulla apparente legittimità del provvedimento favorevole (poi, annullato in autotutela) che, comunque, aveva ampliato la sfera giuridica soggettiva dell'interessato.

E' necessario, innanzitutto, rammentare – in punto di fatto – che il Comune di Monteroni di Lecce, in data 3 Settembre 2008, procedeva all'indizione di una gara, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 55 primo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, per la concessione in uso gratuito dell'immobile comunale adibito ad Asilo Nido sito alla via ..., ai fini dell'espletamento del servizio di Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009.

Partecipavano alla gara la Società ricorrente e la Società controinteressata e, in data 3 Ottobre 2008, al termine dell'espletamento delle operazioni di gara, la Commissione giudicatrice, dopo

aver assegnato ad entrambe le partecipanti il medesimo punteggio complessivo pari a 92/100, procedeva ad affidare la concessione mediante sorteggio, all'esito del quale risultava aggiudicataria provvisoria la Società ricorrente.

Con determinazione n° 209 del 15 Ottobre 2008 veniva, conseguentemente, disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della stessa della concessione del servizio di Asilo Nido per l'anno sociale 2008/2009 (seguiva la consegna delle chiavi dell'immobile comunale di via ... e, in data 27 Ottobre 2008, l'apertura al pubblico dell'Asilo Nido).

Infine, con determinazione n° 221 del 29 Ottobre 2008, il Responsabile del Settore V del Comune di Monteroni di Lecce disponeva l'annullamento in autotutela, ex art. 21-nonies della Legge 7 Agosto 1990 n° 241, della precedente aggiudicazione definitiva e la contestuale aggiudicazione definitiva della gara in favore della Società odierna controinteressata, in quanto dal riesame compiuto la Commissione giudicatrice ha rideterminato il punteggio di gara alla Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus a r.l. nella misura di 96/100, rispetto al punteggio della Società Cooperativa Sociale "XXX" Onlus a r.l. determinato in 92/100, posto che la Commissione giudicatrice con il verbale integrativo del 29 Ottobre 2008 aveva rilevato che: "...per mero errore materiale di battitura della scheda di valutazione, è stato attribuito il punteggio pari a 2, mentre in realtà la Commissione aveva determinato in punti 6 la valutazione della esperienza nella gestione dei servizi identici, in asili con capacità ricettiva pari o superiore a 20 bambini".

Ciò premesso, il Collegio, sottolineato che parte ricorrente ha (da ultimo) dichiarato di non avere più interesse all'annullamento dell'atto impugnato, osserva, comunque, – in diritto – che (come, peraltro, già segnalato nella fase cautelare del giudizio) tutte le pur suggestive censure formulate nel ricorso si rivelano prive di giuridico fondamento, ove si consideri - da un lato - che parte ricorrente non contesta (in alcun modo) la presenza dell'errore materiale compiuto (in un primo tempo) nell'attribuzione del punteggio alla controinteressata (relativo al punto B1 "esperienza nella gestione dei servizi identici, in asili con capacità ricettiva pari o superiore a 20 bambini") riconosciuto dalla stazione appaltante resistente - 2 punti, anziché 6 punti - (per un punteggio totale di 92/100, anziché di 96/100), e - dall'altro - che non appare errato e/o affetto da vizi di irrazionalità o sproporzione l'operato dell'Amministrazione nell'attribuzione dei punteggi al progetto-offerta presentato dalla Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus, (tra l'altro) per avere ritenuto sufficienti le modalità di gestione dell'accoglienza e della riconsegna dei bambini e delle fasi di addormentamento proprie di un servizio orientato alla metodologia montessoriana, e che non è illogico il punteggio attribuito alla Società controinteressata per l'Esperienza nella gestione di "Sezione Primavera", poiché il bando richiedeva il possesso dell'autorizzazione ministeriale alla sperimentazione e non l'accesso al finanziamento pubblico.

Inoltre, non può essere obliterato che il provvedimento impugnato è espressione del potere di autotutela proprio dell'Amministrazione, essendo fondato sul rilievo dell'errore materiale compiuto nell'attribuzione del punteggio spettante alla Società Cooperativa Sociale "YYY" Onlus a r.l.: ne deriva che nessun onere di particolare motivazione in merito alla esistenza dell'interesse pubblico e alla comparazione con l'interesse dei soggetti privati può ritenersi sussistente, dal momento che, come chiarito dall'insegnamento giurisprudenziale prevalente e

condivisibile, deve ritenersi appartenere alla P.A. il potere di correzione dell'errore materiale o di fatto nel quale sia incorsa, senza che si renda necessario al riguardo valutare comparativamente le posizioni coinvolte (Consiglio di Stato, VI Sezione, 17 Luglio 2008 n° 3597; 12 Aprile 2007 n° 1698).

L'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento (e la sua preminenza rispetto a quello del privato) è, infatti, insito nel fatto che l'errata (ed illegittima) attribuzione del punteggio continua a produrre effetti nel tempo, con permanente lesione non solo dell'interesse pubblico medesimo (a scegliere l'offerta effettivamente migliore), ma anche dei soggetti partecipanti alla medesima procedura di gara che si vedono illegittimamente posposti nella graduatoria finale.

Neppure può dirsi violato l'obbligo di previo avviso dell'avvio del procedimento teso alla correzione del punteggio e all'annullamento della precedente illegittima aggiudicazione, dal momento che tale obbligo non sussiste nel caso di correzione di mero errore materiale, trattandosi di attività priva (sul piano concreto) di margini di discrezionalità (amministrativa o tecnica) per l'Amministrazione procedente, rispetto alla quale l'eventuale collaborazione del privato non potrebbe assumere alcuna rilevanza, anche considerato che, ai sensi dell'art. 21-octies secondo comma della Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e ss.mm., l'Amministrazione resistente ha dimostrato in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento gravato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Consiglio di Stato, VI Sezione, 17 Luglio 2008 n° 3597).

La domanda proposta dalla parte ricorrente finalizzata ad ottenere il risarcimento (in forma specifica o per equivalente monetario) dei danni correlati alla pretesa illegittimità del provvedimento comunale impugnato va disattesa, in ragione della evidenziata legittimità del predetto provvedimento finale adottato (in via di autotutela) dall'Amministrazione resistente.

Infine, il Tribunale – sottolineato che, nella fattispecie concreta oggetto del presente processo, non si è in presenza di una revoca disposta ai sensi dell'art. 21-quinquies Legge 7 Agosto 1990 n° 241, ma di un provvedimento di annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies della medesima Legge n° 241/1990 – rileva che va dichiarato il difetto di giurisdizione dell'adito G.A. in relazione alla ulteriore domanda risarcitoria (azionata dalla parte ricorrente) basata sull'affermazione di aver fatto incolpevole affidamento sulla apparente legittimità del provvedimento favorevole (poi, annullato in autotutela) che, comunque, aveva ampliato la sfera giuridica soggettiva dell'interessato, chiedendosi, dunque, la tutela risarcitoria di una lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole della P.A., rientrante - notoriamente - nella giurisdizione dell'A.G.O., non trattandosi di lesione derivante dall'esercizio (illegittimo) del potere pubblico consumato in danno del soggetto istante con sacrificio sostanziale del corrispondente bene della vita, bensì dell'annullamento legittimo in autotutela di un provvedimento di aggiudicazione in precedenza illegittimamente emanato (Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanze 23 Marzo 2011 nn° 6594, 6595 e 6596).

Per le ragioni innanzi sinteticamente illustrate il ricorso deve essere respinto ed, in parte, anche dichiarato inammissibile, nei sensi sopra precisati.

Sussistono, tuttavia, i presupposti di legge (l'assoluta novità di alcune questioni oggetto della causa) per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e in parte lo dichiara anche inammissibile, nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 12 Aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente, Estensore

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario