

## **Illegittimità dell'annullamento in autotutela della procedura di gara nel caso in cui sia motivata dalla mancata nomina del R.U.P., ai sensi dell'art. 31 del D.lgs. n. 50 del 2016**

*di Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia*

*Data di pubblicazione: 22-6-2017*

1. La mancata nomina del R.U.P. non costituisce valida ragione, in mancanza di motivazione sull'interesse pubblico, all'annullamento della procedura di gara.
2. L'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, deve essere inquadrato nel più generale orientamento giurisprudenziale che ha escluso che "l'omessa indicazione del responsabile del procedimento possa dare luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio ..., applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della legge n. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente".

*1. Conforme T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 febbraio 2017, n. 127*

### **Guida alla lettura**

Nella causa decisa dal Tar Toscana, la società ricorrente chiedeva l'annullamento di due provvedimenti con i quali la Stazione Appaltante disponeva l'annullamento in autotutela della procedura di gara.

Nonostante la ricorrente avesse conseguito la prima posizione in graduatoria, l'Amministrazione non procedeva all'aggiudicazione e, con un primo provvedimento, disponeva l'annullamento in autotutela dell'intera procedura, sulla base della seguente motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>. A seguito di contestazioni da parte della ricorrente, l'Amministrazione emanava un successivo provvedimento in sostituzione del primo, disponendo l'annullamento della gara sulla base della seguente e diversa motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara (mancata individuazione del RUP ex art. 31 del D.Lgs 50/2016); Sussistendo pertanto l'interesse pubblico ad annullare atti procedimentali viziati; In assenza di posizioni giuridiche consolidate>>.

I predetti atti venivano impugnati dalla ricorrente per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21-octies e 21-nonies, l. n. 241 del 1990 e art. 31 d.lgs. n. 50 del 2016, difetto di motivazione

ed eccesso di potere per sviamento.

Il Collegio toscano, con la pronuncia in esame, accoglieva nel merito il ricorso in quanto: <<tutti e due i provvedimenti di autotutela impugnati sono caratterizzati dall'evidente violazione dell'art. 21-nonies, 1° comma della l. 7 agosto 1990 n. 241, non contenendo una qualche motivazione in ordine alle <<ragioni di interesse pubblico>> legittimanti l'annullamento in sede di autotutela del provvedimento, ma solo l'indicazione del (presunto) vizio di legittimità riscontrato (di per sé insufficiente a legittimare l'annullamento, non potendo essere ravvisato l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto nella mera esigenza di ripristino della legalità violata)>>.

Per di più, il primo provvedimento emanato difetta della motivazione in ordine al vizio di legittimità, uno dei presupposti essenziali dell'annullamento in sede di autotutela, non potendo ovviamente considerarsi sufficiente il generico riferimento a <<vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>, senza una qualche specificazione del vizio riscontrato. Al contrario, il secondo provvedimento di autotutela, pur sufficientemente motivato in ordine al (presunto) vizio di legittimità riscontrato (mancata nomina del R.U.P.), non lo è per quel che riguarda l'interesse pubblico all'annullamento (secondo quanto già affermato) ed è <<del tutto erroneo in diritto>>.

Ciò in quanto per consolidata giurisprudenza – sostiene il Collegio toscano – la mancata nomina del R.U.P. ex art. 31, D.lgs. n. 50 del 2016 <<non può dar luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio (ciò che nella specie non è), applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della citata legge n. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente>>.

Si tratta, quindi, del meccanismo “sostitutivo-sanante” predisposto dall'art. 5 cit. ai sensi del cui comma II: <<Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1 (ossia l'assegnazione della <<responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale>> ad un soggetto persona fisica, individuato nel <<dirigente di ciascuna unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità>> ), è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4>>. Ratio dell'art. 5 in questione è impedire che, a causa del difetto di nomina formale del responsabile, il procedimento resti privo di una leading authority. Pertanto, nel caso in cui manchi la designazione del responsabile, l'attribuzione del procedimento resta in capo al titolare dell'ufficio, che si fa carico anche delle responsabilità conseguenti.

Ne deriva che la mancata nomina del responsabile, non produce di per sé un vizio del provvedimento finale (<<salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio>> come detto), ma innesca il meccanismo sostitutivo .

Per di più, sostiene il Collegio fiorentino, <<l'applicabilità alla nuova previsione di cui all'art. 31 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 della giurisprudenza sopra richiamata non è certo esclusa dal riferimento all'atto formale di nomina del R.U.P. previsto dalla disposizione ... o dalla

mancanza, nella disposizione impugnata, dell'espresso richiamo della l. 7 agosto 1990, n. 241...>>. Ciò in quanto, da un lato, la necessità dell'atto formale di nomina sarebbe comunque desumibile dai principi generali, anche in mancanza di previsione espressa, e, dall'altro, occorre precisare che la legge n.241 del 1990 ha disciplinato a livello generale la figura, in passato prevista soltanto da alcune normative di settore, del responsabile del procedimento, cui è attribuita la funzione di "autorità guida" del procedimento stesso.

L'introduzione di tale istituto e la sua estensione generalizzata rispondono a diverse esigenze tra cui senza dubbio quella di personalizzare e responsabilizzare l'attività amministrativa. Infatti, prima della entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, "l'anonimato dei soggetti deputati alla gestione del procedimento" assicurava loro una sostanziale irresponsabilità, impedendo ai soggetti interessati di individuare gli artefici di eventuali carenze ed errori procedurali. Inoltre, con l'evoluzione in senso maggiormente paritario del rapporto tra amministrazione e privato e con lo spostarsi dell'attenzione dall'atto amministrativo su tale "rapporto", è emersa sempre più forte l'esigenza di consentire al privato stesso di interfacciarsi con un interlocutore ben definito, l'altra parte del rapporto, i.e. il responsabile del procedimento.

In altri termini, l'introduzione della figura del responsabile del procedimento (R.U.P.) con cui il cittadino può relazionarsi, rappresenta ora, in attuazione dei principi di trasparenza ed efficienza, una delle fondamentali garanzie procedurali per il cittadino stesso nei rapporti con "tutte" le pubbliche amministrazioni, in quanto, nel delineare l'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, l'art. 29, l. 241/90 sancisce l'applicazione delle disposizioni della presente legge alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, nonché alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Inoltre, sempre l'art. 29 cit. precisa che anche le disposizioni della legge sul procedimento amministrativo concernenti "gli obblighi per la pubblica amministrazione ... di individuare un responsabile (del procedimento)" attengono ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ex art. 117 Cost. di esclusiva competenza statale e, quindi, oggetto di unitaria e generalizzata applicazione.

Pertanto, è evidente che la nuova normativa in materia di R.U.P. ex art. 31, D.lgs. n. 50/2016 nella specifica materia degli appalti pubblici, costituisce "una particolare articolazione ... dell'istituto del responsabile del procedimento prevista dalla legge generale sul procedimento".

Ne deriva che, pur non essendo previsto anche dall'art. 31 del nuovo codice il meccanismo suppletivo ex art. 5, l. 241/90, la portata generale della legge sul procedimento amministrativo – unitamente all'essenziale funzione assolta dal R.U.P., oggi figura sostanzialmente immancabile di ogni procedimento amministrativo – "viene in soccorso", stante il silenzio serbato in merito dal D.lgs. 50/16, nonostante l'espressa previsione dell'atto formale di nomina del R.U.P. ex art. 31 cit., in ogni caso (come detto) ricavabile dai principi generali dell'ordinamento.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana****(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2017, proposto da:

Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone, Dario Rigacci, con domicilio eletto presso lo studio Ivan Marrone in Firenze, via de' Rondinelli, 2;

***contro***

Liceo Scientifico Statale Salutati - Montecatini Terme, Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca Scientifica, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

***nei confronti di***

Cda Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini n. 41;

***per l'annullamento***

del provvedimento prot. n. 550/D9 del 10 febbraio 2017 nonché del provvedimento prot. n. 182/D9 del 19 gennaio 2017 con i quali il Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme ha disposto l'annullamento in autotutela della procedura di gara per l'affidamento del servizio di ristoro interno tramite distributori automatici di Bevande e snack e di ogni altro atto presupposto o consequenziale incluso, ove occorrer possa, la lettera di invito prot. n. 4821/D9 del 16 dicembre 2016 nella parte in cui prevede la possibilità di annullamento in autotutela ad <<insindacabile giudizio>> dell'Istituto scolastico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Liceo Scientifico Statale Salutati - Montecatini Terme, Cda Vending s.r.l. e Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca Scientifica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2017 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i

difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava alla gara per l'affidamento con durata annuale del servizio di fornitura bevande calde, fredde e snack mediante distributori automatici indetta dal Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme, con lettera di invito 16 dicembre 2016 prot. n. 4821/D9; all'esito delle operazioni di gara conseguiva la prima posizione in graduatoria con complessivi 60 punti avanti alla CDA Vending s.r.l., che conseguiva la seconda posizione con punti 47,66.

Invece di procedere all'aggiudicazione, il Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme, con provvedimento 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9, disponeva l'annullamento in autotutela dell'intera procedura, sulla base della seguente motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>.

A seguito delle contestazioni della Supermatic s.p.a., il Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme emanava il successivo provvedimento 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 che sostituiva il precedente, disponendo l'annullamento della gara sulla base della seguente e diversa motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara (mancata individuazione del RUP ex art. 31 del D.Lgs 50/2016); Sussistendo pertanto l'interesse pubblico ad annullare atti procedimentali viziati; In assenza di posizioni giuridiche consolidate>>.

Gli atti meglio specificati in epigrafe ora impugnati dalla ricorrente per violazione e/o falsa applicazione artt. 21 octies e nonies l. 7 agosto 1990 n. 241 e art. 31 d.lgs. 19 aprile 2016 n. 50, difetto di motivazione, eccesso di potere per sviamento.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimete (controdeducendo sul merito del ricorso) e la CDA Vending s.r.l. (con comparsa di mera forma); le Amministrazioni statali costituite articolavano altresì eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come non possa trovare accoglimento l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso proposta dall'Avvocatura dello Stato; le due decisioni richiamate a sostegno dell'eccezione (Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183) si limitano, infatti, ad escludere che il partecipante ad una procedura di evidenza pubblica possa maturare un particolare affidamento sull'esito della stessa anteriormente all'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma non escludono per nulla che lo stesso possa contestare la legittimità amministrativa della decisione di annullare la gara (diversamente opinando, si verrebbe a creare, infatti, una zona franca dal sindacato di difficile compatibilità costituzionale) e, nel caso di specie, la ricorrente, si è proprio limitata a prospettare vizi di legittimità dei provvedimenti di annullamento della gara.

Nel merito, il ricorso è poi fondato e deve pertanto essere accolto.

Tutti e due i provvedimenti di autotutela impugnati con il ricorso sono caratterizzati dall'evidente violazione dell'art. 21-nonies, 1° comma della l. 7 agosto 1990 n. 241, non contenendo una qualche motivazione in ordine alle <<ragioni di interesse pubblico>> legittimanti l'annullamento in sede di autotutela del provvedimento, ma solo l'indicazione del (presunto) vizio di legittimità riscontrato (di per sé insufficiente a legittimare l'annullamento, non potendo essere ravvisato l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto nella mera esigenza di ripristino della legalità violata: T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15 febbraio 2017, n. 127; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 25 novembre 2013, n. 614).

Per di più il provvedimento 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme appare essere caratterizzato anche da evidente difetto di motivazione in ordine al vizio di legittimità legittimante l'annullamento in sede di autotutela non potendo ovviamente essere considerato sufficiente il generico riferimento a <<vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>, non accompagnato da una qualche specificazione del vizio riscontrato.

Al contrario, il secondo provvedimento di autotutela (il provvedimento 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme) deve ritenersi sufficientemente motivato per quello che riguarda il vizio di legittimità riscontrato (ma non per l'interesse pubblico all'annullamento, per quanto già rilevato), ma del tutto erroneo in diritto.

La mancata nomina del R.U.P. di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 deve, infatti, essere inquadrata nel più generale orientamento giurisprudenziale che ha escluso che <<l'omessa indicazione .... del responsabile del procedimento ... (possa dare) luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio (ciò che nella specie non è), applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della citata legge nr. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente>> (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1632; T.A.R. Toscana, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197; T.A.R. Campania, Napoli, VII, 14 gennaio 2011, n. 164; T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 settembre 2010, n. 32207; Cons. Stato, sez. II, 16 maggio 2007, parere n. 866).

Del resto, l'applicabilità alla nuova previsione di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 della giurisprudenza sopra richiamata non è certo esclusa dal riferimento all'atto formale di nomina del R.U.P. previsto dalla disposizione (la necessità dell'atto formale di nomina sarebbe, infatti, comunque desumibile dai principi generali, anche in mancanza di previsione espressa) o dalla mancanza, nella disposizione impugnata, dell'espresso richiamo della l. 7 agosto 1990, n. 241, apparendo di tutta evidenza come si tratti di una particolare articolazione (con aspetti di particolarità che, in questa sede, non rilevano) dell'istituto del responsabile del procedimento prevista dalla legge generale sul procedimento.

In definitiva, i due provvedimenti di autotutela devono essere annullati, senza che sussista una qualche necessità di procedere all'annullamento anche della clausola della lettera di invito 16

dicembre 2016 prot. n. 4821/D9 prevedente la possibilità dell'annullamento della gara ad <<insindacabile giudizio>> della Stazione appaltante; la detta clausola non può, infatti, assumere il valore di una preventiva rinuncia a chiedere il sindacato giudiziale dei provvedimenti di annullamento d'ufficio e pertanto non rileva nella presente vicenda.

Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico delle Amministrazioni intimata, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata, che non ha svolto alcun ruolo nell'emanazione degli atti impugnati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come da motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9 e 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme.

Condanna le Amministrazioni costituite alla corresponsione alla società ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere