

Limiti all'esercizio del potere di autotutela nella procedura di appalto. L'annullamento dell'atto della Commissione di gara che decide di non aggiudicare l'appalto all'unico concorrente ammesso alla procedura determina l'annullamento dell'intera gara e l

di Giovanni Ranalli

Data di pubblicazione: 25-10-2017

Il provvedimento di autotutela adottato nelle procedure di evidenza pubblica è atto endoprocedimentale inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione, ad attribuire in modo stabile il bene della vita e ad ingenerare il connesso legittimo affidamento in capo al concorrente (1). A fronte di tale principio, tuttavia, è necessario che la Stazione Appaltante nell'esercitare un siffatto potere di autotutela rispetti i principi basilari a presidio del corretto e trasparente svolgimento delle procedure concorsuali, quale la segretezza delle offerte economiche.

Pertanto, la S.A. a seguito dell'annullamento dell'atto che decide di non aggiudicare la gara all'unica concorrente rimasta in gara, fermo l'obbligo di motivazione sull'interesse pubblico, deve procedere ad annullare l'intera gara ed indire una nuova procedura.

Guida alla lettura

La vicenda giudiziale piuttosto complessa all'esame del Tar Toscana riguarda la correttezza dell'operato della Commissione di gara chiamata a valutare le offerte economiche pervenute per l'affidamento di un servizio di ristorazione e distributori automatici per ente del Ministero della Difesa.

All'esito della gara indetta con il sistema dell'indagine di mercato erano state ammesse cinque concorrenti e, delle offerte economiche presentate, solo l'offerta di una concorrente era stata ritenuta valida. Tuttavia, la Commissione di gara riteneva di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto e di indire un'altra procedura mediante lettera d'invito. La concorrente rimasta in gara, quindi, proponeva ricorso, il quale veniva accolto dal Giudice Amministrativo. In sede di (apparente) ottemperanza alla sentenza la Stazione Appaltante, sul presupposto che la gara era stata illegittimamente annullata ma non si era giunti alla fase dell'aggiudicazione a riammettere le offerte economiche delle (quattro) concorrenti ritenute in precedenza non valide e, conseguentemente a rinnovare la valutazione delle offerte economiche. Tale nuova attività amministrativa veniva censurata dal concorrente vittorioso del

ricorso (ed unico concorrente in gara che ambiva all'aggiudicazione). Il Tar Toscana ha ritenuto le censure fondate, affermando che dall'annullamento degli atti della Commissione che decide di non aggiudicare la gara non discende l'obbligo di aggiudicare il contratto alla ricorrente ma quello di *"riprendere il procedimento di gara dal segmento immediatamente precedente all'atto illegittimo"*. Tuttavia, ha precisato il Tar Toscana, un tale obbligo deve essere calato alla fattispecie concreta. In particolare si afferma che: *"l'intervento in autotutela su provvedimenti assunti in corso di gara avrebbe dovuto dare conto delle ragioni di pubblico interesse sottostanti senza limitarsi a richiamare le illegittimità rilevate nella legge di gara. Nel caso in esame, infatti, la stazione appaltante, al momento dell'intervento in autotutela conosceva il contenuto delle offerte economiche e poteva predire l'esito della (riavviata) procedura. Il provvedimento principaliter impugnato appare quindi viziato per violazione dei principi in materia di autotutela e di segretezza dell'offerta e, inoltre, configura una inammissibile disapplicazione della lex specialis poiché non indica le ragioni per le quali ha inteso disattendere una clausola della stessa. La stazione appaltante, in tali circostanze, avrebbe più correttamente dovuto procedere ad annullare l'intera gara indicando una nuova procedura"*. La decisione del Tar Toscana appare interessante poiché nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela nelle procedure di evidenza pubblica afferma la necessità di rispettare i principi basilari quale quello del rispetto della segretezza delle offerte.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 486 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Società Water And Coffee W&C s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

il Ministero della Difesa in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso la quale è domiciliato in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Supermatic s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli

avvocati Ivan Marrone e Dario Rigacci, con domicilio eletto presso il loro studio (Studio Legale Lessona) in Firenze, via de' Rondinelli 2;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

1. dell'atto dispositivo del Comandante della Brigata n. 1 del 1° gennaio 2017;
2. delle disposizioni impartite dal Comandante della Brigata con appunto nr. 333/15-3 del 21 marzo 2017;
3. della determinazione prot. Nr. 333/15-4-2016 assunta dalla Commissione in data 24 marzo 2017;
4. della determinazione prot. 333/12-4-1-2016 assunta dal Capo del servizio amministrativo in data 24 marzo 2017;
5. della determinazione prot. 333/12-4-3-2016 assunta dal Capo del Servizio Amministrativo in data 18 aprile 2017 e di ogni altra determinazione dell'Amministrazione, antecedente, seguente o comunque connessa ai provvedimenti di cui ai precedenti punti;

e con atto di motivi aggiunti depositato il 26 luglio 2017:

1. dell'atto dispositivo del Comandante della Brigata n. 1 del 1° gennaio 2017;
2. delle disposizioni impartite dal Comandante della Brigata con appunto nr. 333/15-3 del 21 marzo 2017;
3. della determinazione prot. 333/15-4-2016 assunta dalla Commissione in data 24 marzo 2017;
4. della determinazione prot. 333/12-4-1-2016 assunta dal Capo del servizio amministrativo in data 24 marzo 2017;
5. della determinazione prot. 333/12-4-3-2016 assunta dal Capo del Servizio Amministrativo in data 18 aprile 2017 e di ogni altra determinazione dell'Amministrazione antecedente, seguente o comunque connessa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Supermatic s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2017 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La seconda Brigata Mobile Carabinieri (Caserma "G. Amico") di Livorno, il 2 luglio 2016, ha avviato un'indagine di mercato per affidare il servizio di ristorazione automatica mediante distributori, invitando 14 operatori del settore a presentare offerta. Il contratto pubblico sarebbe stato aggiudicato all'offerta che avesse proposto il maggior sconto unico percentuale sul listino prezzi indicato nella lettera di invito.

Alla procedura selettiva, oltre alla odierna ricorrente Water and Coffee W & C s.r.l. e gestore uscente, hanno partecipato le ditte Supermatic, I.V.S., Ciaponi e MI. Group.

L'esame della documentazione prodotta ai fini della partecipazione è risultata positiva per tutti i concorrenti; successivamente si è proceduto all'apertura e all'esame delle offerte economiche al cui esito la stazione appaltante ha ritenuto ammissibile solo l'offerta della Water and Coffee poiché le altre non indicavano il loro periodo di validità, mentre il bando espressamente prevedeva che le offerte economiche, a pena di esclusione, avrebbero dovuto specificare la "validità incondizionata di 3 (tre) mesi". La Commissione di gara ha però deciso di non aggiudicare il servizio per mancanza di tre offerte valide. Da questa decisione è scaturita l'indizione di un'altra procedura con lettera di invito del 22 luglio 2016. Water and Coffee ha allora proposto ricorso a questo Tribunale Amministrativo, che ha dichiarato il proprio difetto di competenza a favore del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio-sede di Roma. A seguito di riassunzione della causa quest'ultimo, con sentenza 2 febbraio 2017 n. 1701, ha accolto il ricorso ritenendo illegittima la determinazione dell'Amministrazione di non procedere all'aggiudicazione e di indire una seconda indagine di mercato.

2. L'Amministrazione, a seguito della sentenza, con decisione della Commissione di gara assunta il 24 marzo 2017 ha deciso di ripetere il procedimento di aggiudicazione, annullando il secondo esperimento di gara e riammettendo le offerte delle ditte precedentemente escluse. Water and Coffee ha allora nuovamente adito il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio-sede di Roma per chiedere ottemperanza alla suddetta sentenza; il Tribunale ha però rigettato l'istanza cautelare ritenendo che l'esercizio del successivo potere di autotutela, a prescindere dalla legittimità intrinseca degli atti assunti, dovesse essere contestata avanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana.

3. La stazione appaltante, nel frattempo, con nota 18 aprile 2017 del Capo del Servizio Amministrativo ha comunicato che la Commissione avrebbe svolto una nuova valutazione delle offerte presentate in gara il 20 aprile 2017. Water and Coffee ha allora proposto il ricorso

principale del presente gravame, notificato e depositato il 19 aprile 2017.

Lamenta la ricorrente, con primo motivo, che la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto solo prendere atto della sentenza del T.A.R. Lazio n. 1701/2017 e concludere la procedura con l'affidamento del servizio all'unico concorrente ammesso o, comunque, precisare con adeguata motivazione le ragioni per cui non ritenesse di percorrere tale iter procedimentale. Si duole che nella specie, sarebbe stato avviato un procedimento di autotutela senza alcuna motivazione con l'unico fine di acquisire un'offerta economica più favorevole di quella formulata da essa ricorrente. Inoltre sarebbe stata disapplicata una inequivoca disposizione della legge di gara.

Con secondo motivo impugna specificamente la determinazione del 18 aprile 2017 del Capo del Servizio Amministrativo la quale, oltre ad essere viziata per illegittimità derivata, sarebbe anche contraddittoria rispetto alla precedente determinazione assunta dal medesimo Capo del Servizio Amministrazione il 24 marzo 2017 e contrasterebbe con le indicazioni impartite dalla Commissione di gara con verbale 15 aprile 2016 n. 333/15-4-2016. Inoltre il provvedimento risulterebbe perplesso e indeterminato poiché non specifica quali siano le offerte oggetto della nuova valutazione, da effettuare il 20 aprile 2017, e violerebbe anche il diritto di difesa della ricorrente in quanto l'ordinanza con cui il T.A.R. del Lazio ha dichiarato la propria incompetenza è stata pubblicata venerdì 12 aprile 2017, alla vigilia delle festività pasquali, mentre detto provvedimento risulta assunto martedì 18 aprile e fissa a distanza di soli due giorni il nuovo esperimento di gara.

La ricorrente chiede inoltre il risarcimento dei danni.

Si sono costituiti l'impresa Supermatic s.p.a. e l'Avvocatura dello Stato per il Ministero della Difesa, chiedendo l'inammissibilità e comunque la reiezione del ricorso nel merito.

La difesa erariale eccepisce la tardività del gravame poiché sarebbe stato notificato il 24 aprile 2017 avverso il verbale e la contestuale nota di comunicazione del 24 marzo 2017 che disponevano, fra l'altro, l'annullamento della precedente esclusione delle ditte a suo tempo estromesse dalla gara per la mancata indicazione del termine di validità dell'offerta.

La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché la procedura di gara non è ancora pervenuta all'aggiudicazione e, pertanto, a suo dire la ricorrente non avrebbe interesse a far valere asseriti vizi dei provvedimenti con cui la stazione appaltante ha posto nel nulla l'esclusione già disposta nei confronti degli altri concorrenti. L'interesse al ricorso, per la ricorrente, potrebbe nascere solo al momento in cui il contratto pubblico fosse aggiudicato ad altro concorrente. Non sarebbe poi legittimo impugnare l'ammissione dei concorrenti alla gara in questa fase poiché, nel caso di specie, è mancato un atto formale di ammissione e pertanto non è applicabile il rito di cui all'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. Replica nel merito che la sentenza del TAR Lazio n. 1701/2017 non imporrebbe di aggiudicare la gara alla ricorrente ma si limiterebbe a stabilire che l'illegittimità riguarda unicamente la decisione di indire una nuova indagine di mercato. L'Amministrazione avrebbe dovuto individuare l'aggiudicatario tra gli operatori economici partecipanti alla procedura in corso, tra cui vi sono anche quelli successivamente riammessi con decisione assunta in

autotutela. Tale decisione poi non violerebbe il contenuto della suddetta sentenza poiché riguarda l'ammissibilità degli operatori esclusi, questione sulla quale essa non si è pronunciata, e nemmeno violerebbe i principi dell'autotutela poiché la gara non era ancora esaurita al momento in cui è stata adottata, mentre l'esclusione era palesemente illegittima in quanto fondata sulla mancata indicazione nelle offerte del loro termine di validità, termine la cui durata è stabilita direttamente dalla legge.

Con ordinanza 18 maggio 2017, n. 258, è stata accolta la domanda cautelare.

4. A seguito di istanza di accesso accolta il 20 giugno 2017 la ricorrente ha visionato ulteriori provvedimenti ed ha quindi proposto motivi aggiunti, notificati il 14 luglio 2017 e depositati il 26 luglio 2017.

E' impugnato l'atto dispositivo del Comandante della Brigata n. 1 del 1° gennaio 2017, con cui è stata disposta la nomina di una Commissione permanente "per l'esame delle offerte relative ad acquisti dal commercio" da effettuare nel corso dell'anno 2017, poiché si tratterebbe di una commissione diversa rispetto a quella preposta allo svolgimento della procedura concorsuale di cui si tratta.

Sono impuguate le disposizioni impartite dal Comandante della Brigata con appunto nr. 333/15-3 del 21 marzo 2017, con cui è stato ordinato al Servizio Amministrativo di convocare la neo nominata Commissione per "riprendere il procedimento di gara dal segmento immediatamente precedente all'atto illegittimo" come statuito dal Tar del Lazio, e sono state impartite alla nuova Commissione ed al Servizio Amministrativo le determinazioni da assumere, gli istituti giuridici da applicare, gli incumbenti da porre a carico delle imprese concorrenti, le ulteriori fasi procedurali da attivare e chiarita la loro scansione temporale. La ricorrente lamenta che soggetto competente a riprendere il procedimento di gara sarebbe l'originaria commissione e non quella nominata con l'atto dispositivo 1/2017, e che con le disposizioni impartite mediante appunto nr. 333/15-3 sia stata condizionata all'autonomia decisionale degli organi competenti, e cioè la Commissione e il Servizio Amministrativo, i quali avrebbero dovuto emanare autonomamente le statuizioni in merito.

Con riguardo al verbale prot. NR. 333/15-4-2016 in data 24 marzo 2017 già impugnato con ricorso principale, col quale la Commissione ha disposto la revoca dell'esclusione dalla gara delle ditte Supermatic, IVS Italia e Ciaponi, lamenta incompetenza poiché l'esclusione è stata deliberata dalla commissione nominata *ex novo* dal Comandante della Brigata con il soprarichiamato atto dispositivo 1/2017.

All'udienza del 4 ottobre 2017 la difesa erariale ha eccepito che l'intero servizio oggetto di gara è già stato svolto dalla ricorrente in regime di proroga, chiedendo quindi l'improcedibilità del ricorso. La causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse sopravvenuta.

Non è contestato quanto eccepito dalla difesa erariale in ordine all'esaurimento, alla data odierna, del servizio oggetto della gara contestata, servizio che sia pure in via di proroga è

stato svolto interamente da parte della ricorrente la quale, pertanto, non ha più interesse all'annullamento dei provvedimenti impugnati poiché ha già ritratto le utilità conseguibili con l'accoglimento del gravame in discussione.

Quanto al regime delle spese, su cui è stata chiesta pronuncia dal patrocinatore della ricorrente, il Collegio rileva che, come già espresso in sede cautelare, il gravame era fondato.

5.1 L'eccezione di irricevibilità formulata dalla difesa erariale è infondata, come già rilevato in sede cautelare, poiché la notificazione del ricorso all'Avvocatura dello Stato ed alla controinteressata Supermatic s.r.l. risultano effettuate tramite posta elettronica certificata il 19 aprile 2017, come da ricevute di consegna. È superfluo aggiungere che a norma dell'articolo 14 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2016, n. 40, i difensori possono eseguire notificazione a mezzo di posta elettronica certificata che riveste la stessa validità di quella cartacea.

5.2 Quanto all'integrità del contraddittorio, la cui regolarità il Collegio verifica in via autonoma, dal verbale di valutazione – primo esperimento di gara della Commissione giudicatrice n. 333/9 del 20 luglio 2016 risulta che il maggior ribasso (56,25%) è stato proposto dall'impresa Supermatic, cui il ricorso è stato regolarmente notificato. Quest'ultima quindi, in caso di riammissione delle offerte alla procedura, è destinata ad essere aggiudicataria e rappresenta dunque l'unica controinteressata nella controversia. Il contraddittorio è quindi regolarmente costituito.

5.3 Sono infondate le eccezioni formulate dalla controinteressata.

La Sezione ben conosce il principio in base al quale i provvedimenti di ammissione dei concorrenti devono essere contestati mediante impugnazione del provvedimento che statuisce in merito, all'esito del controllo sul possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione alla gara. La Sezione ha già stabilito, con sentenze nn. 239/2017 e 593/2017, che il rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, in quanto costituente eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.), deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016. Laddove tale provvedimento manchi l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione. La fattispecie in esame, peraltro, si qualifica in modo peculiare poiché nel presente processo è impugnato l'atto con il quale viene annullata un'esclusione già disposta nei confronti di tutti i partecipanti alla gara, tranne la ricorrente la quale risultava quindi vincitrice. La riammissione dei concorrenti, contrariamente a quanto pretende la controinteressata, è in grado di attualizzare l'interesse al ricorso in capo alla ricorrente poiché è avvenuta quando le offerte economiche erano già state aperte e si poteva predire l'esito della procedura la quale, si ricorda, era governata dal criterio del prezzo più basso individuato mediante la proposta di sconto unico percentuale sul listino prezzi indicato nella lettera di invito dalla stazione appaltante. La riammissione degli altri concorrenti, in altri termini, nel caso di specie ha cagionato un arresto procedimentale per la ricorrente in quanto il successivo provvedimento di aggiudicazione ad un terzo concorrente si palesava

conseguenziale e vincolato nel suo contenuto.

L'impugnazione del provvedimento di riammissione dei concorrenti, nel peculiare caso di specie, non solo era possibile per la ricorrente ma era, altresì, un onere poiché la successiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, sia pure congiuntamente a quello di riammissione (odiernamente gravato), stante il carattere vincolato del secondo sarebbe stata dichiarata inammissibile. Il contenuto del provvedimento di aggiudicazione era infatti rigidamente determinabile mediante la semplice lettura del contenuto delle offerte economiche evidenziato nel verbale di valutazione della stazione appaltante in data 20 luglio 2016 e avrebbe inevitabilmente condotto all'aggiudicazione del contratto ad altra impresa che non la ricorrente, la quale aveva quindi un interesse diretto ed attuale all'impugnativa dell'atto in esame.

5.4 Nel merito il ricorso è fondato.

La gara in questione non è mai giunta ad aggiudicazione e, pertanto, secondo i principi generali in materia di autotutela nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la stazione appaltante non aveva onere di valutare l'interesse della ricorrente poiché un legittimo affidamento, in capo suo, non poteva ritenersi ancora formato. Il provvedimento di autotutela il quale intervenga nel corso della procedura di appalto è infatti atto endoprocedimentale inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione, ad attribuire in modo stabile il bene della vita e ad ingenerare il connesso legittimo affidamento e per questo motivo, tra l'altro, non deve essere instaurato il contraddittorio procedimentale (C.d.S. V, 2 maggio 2017 n. 1987).

La presente fattispecie si caratterizza però in modo peculiare, come già evidenziato, poiché la Commissione giudicatrice ha annullato l'esclusione delle imprese che avevano presentato offerta nella prima gara quando era già a conoscenza delle loro offerte economiche ed era quindi in grado di conoscere *ex ante* il risultato della procedura. Se è vero quanto affermato nella memoria della difesa erariale, che dal giudicato formatosi sulla sentenza del T.A.R. Lazio n. 1701/2017 non discende l'obbligo di aggiudicare il contratto alla ricorrente ma quello di "riprendere il procedimento di gara dal segmento immediatamente precedente all'atto illegittimo", è altrettanto vero che l'intervento in autotutela su provvedimenti assunti in corso di gara, si ripete nello specifico e peculiare caso di specie, avrebbe dovuto dare conto delle ragioni di pubblico interesse sottostanti senza limitarsi a richiamare le illegittimità rilevate nella legge di gara. Nel caso in esame, infatti, la stazione appaltante, al momento dell'intervento in autotutela conosceva il contenuto delle offerte economiche e poteva predire l'esito della (riavviata) procedura.

Il provvedimento *principaliter* impugnato appare quindi viziato per violazione dei principi in materia di autotutela e di segretezza dell'offerta e, inoltre, configura una inammissibile disapplicazione della *lex specialis* poiché non indica le ragioni per le quali ha inteso disattendere una clausola della stessa. La stazione appaltante, in tali circostanze, avrebbe più correttamente dovuto procedere ad annullare l'intera gara indicando una nuova procedura.

In questi termini il ricorso si presenta quindi fondato.

La domanda risarcitoria deve invece essere respinta poiché è formulata in modo generico e comunque la ricorrente non può lamentare alcun danno poiché ha gestito il servizio per l'intera durata dell'originario affidamento posto in gara, ritraendone l'utilità conseguibile con l'accoglimento del presente gravame.

Quanto alle spese processuali si ritiene di accollarle al Ministero della Difesa secondo il regime della soccombenza virtuale, con compensazione nella misura del 50% in ragione della difficoltà del caso concreto la cui soluzione postulava una deviazione dai principi generali in materia di autotutela. Esse vengono quindi liquidate nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) cui devono essere aggiunti gli accessori di legge. E' a carico del Ministero anche la refusione del contributo unificato corrisposto dalla ricorrente.

Per gli stessi motivi sopraevidenziati le spese processuali vengono invece integralmente compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile la domanda di annullamento e respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Ministero della Difesa al pagamento delle spese processuali nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge; spese compensate per la controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore