

## **Libertà di scelta del contraente o (auto)vincolo della stazione appaltante nell'indagine di mercato, nella “gara ufficiosa” e nell'affidamento diretto**

*di Jacopo Recla*

*Data di pubblicazione: 24-11-2017*

*1. Laddove una stazione appaltante abbia formalmente qualificato la procedura come “indagine di mercato”, ma abbia in realtà esperito una vera e propria “gara ufficiosa” - in quanto ha effettuato una valutazione comparativa delle offerte - essa è tenuta a rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità.*

*Conforme: Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789.*

### **Guida alla lettura**

Con la sentenza n. 2011/2017 in data 23 ottobre 2017, il T.A.R. Lombardia - Milano ha annullato il provvedimento di aggiudicazione di una procedura che il Comune di Gerenzano aveva indetto quale “indagine di mercato”, esponendo una interessante distinzione tra indagine di mercato, “gara ufficiosa” e affidamento diretto.

In particolare, il TAR è partito dalla constatazione che – per quanto il Comune abbia definito la procedura quale “indagine di mercato” – al di là del *nomen iuris*, essa costituisce una “gara ufficiosa”, in quanto l'Amministrazione ha svolto una “valutazione comparativa delle offerte, insita nel concetto stesso di gara”.

E la “gara ufficiosa” è ben diversa dalla (reale) indagine di mercato, che si verifica solo nelle ipotesi in cui l'Amministrazione si “limita ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato” e, quindi, ad accertare “l'esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare”.

Al fine di respingere le tesi difensive dell'aggiudicataria, il TAR ha inoltre precisato che diverso dalla “gara ufficiosa” è anche l'affidamento diretto, vale a dire la procedura mediante la quale l'Amministrazione intende appunto “affidare direttamente i lavori ad una determinata Ditta” (ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) D.Lgs. 50/2016, e delle Linee Guida n. 4 di ANAC).

In sintesi, l'elemento dirimente per concludere che non si tratta né di indagine di mercato, né di affidamento diretto è la circostanza che il Comune ha svolto un “confronto selettivo” e/o una “valutazione comparativa” tra più offerte, stabilendo *ex ante* in modo dettagliato i parametri e i punteggi di valutazione delle stesse.

Precisata la qualificazione della procedura quale “gara ufficiosa” – fattispecie per vero non tipizzata nel Codice dei contratti pubblici, né ricondotta dal TAR ad una specifica disposizione normativa – la sentenza afferma che l’Amministrazione è dunque tenuta a rispettare le modalità di individuazione dell’aggiudicatario che essa stessa ha stabilito nella lettera di invito, alla quale si è (auto)vincolata.

Nel caso specifico, la lettera di invito stabiliva che, laddove non avesse ritenuto “soddisfacenti” le offerte ricevute, la stazione appaltante avrebbe potuto “condurre una trattativa diretta” con “la ditta che abbia formulato le migliori e più convenienti condizioni tecnico-economiche”.

Ed invece, all’esito della valutazione delle offerte e attribuzione dei relativi punteggi, il Comune ha chiesto di migliorare le condizioni precedentemente formulate non solo alla concorrente prima in graduatoria – e dunque alla ditta “che ha formulato le migliori e più convenienti condizioni”, come previsto dalla lettera di invito – ma a tutti (e due) i concorrenti, aggiudicando il servizio alla concorrente che originariamente era risultata seconda classificata.

Ebbene, sulla base della ricostituzione della fattispecie oggetto di ricorso – ricondotta alla “gara ufficiosa” e non all’indagine di mercato, né all’affidamento diretto – il T.A.R. ha annullato tale provvedimento di aggiudicazione, in quanto l’Amministrazione non ha rispettato l’autovincolo, dando luogo a “disparità di trattamento e decisioni arbitrarie”.

Il TAR ha invece respinto la domanda della ricorrente di divenire assegnataria del contratto in quanto – come detto – la lettera di invito non comportava alcun obbligo di affidamento dei lavori, potendo la stazione appaltante, in alternativa all’aggiudicazione (o alla rinegoziazione con la prima classificata), avviare “una formale procedura selettiva”.

Pubblicato il 23/10/2017

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 968 del 2017, proposto da:

Enet Solutions S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Banfi ed Elisabetta Furia, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale, in Via Corridoni, 39;

***contro***

Comune di Gerenzano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Brunello De Rosa, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Viale Bianca Maria 11;

***nei confronti di***

Elmar S.r.l.; non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della determinazione n. 119 del 20.3.2017, dell'avviso di aggiudicazione, e di ogni altro atto presupposto, connesse e consequenziale, e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché per il risarcimento dei danni subiti dalla società ricorrente per effetto dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2017 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con la procedura impugnata nel presente giudizio il Comune di Gerenzano ha avviato una "indagine di mercato per gara informale relativa ai lavori di riqualificazione ed ammodernamento dell'impianto di videosorveglianza comunale", in esito alla quale è stata prescelta la Ditta Elmar S.r.l.

Il Comune resistente, diversamente dalla citata controinteressata, si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 631/2017 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 11.10.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

I) In via preliminare, il Collegio dà atto della rinuncia, da parte della difesa comunale, allo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, per non essere il medesimo stato notificato all'Ente Locale, che si è comunque ritualmente costituito in giudizio, articolando le proprie difese, ciò che, in considerazione dall'instaurazione del contraddittorio, in ogni caso, avrebbe comunque dato luogo alla sanatoria di eventuali vizi della notifica.

II) Quanto al merito, osserva in particolare il Collegio che l'art. 3 della lettera di invito alla procedura impugnata individuava i criteri di aggiudicazione, prevedendo l'assegnazione di 30 punti al prezzo, e di 70 in relazione a tre elementi qualitativi (caratteristiche delle telecamere, del server, e miglorie del progetto), l'ultimo dei quali era a sua volta ulteriormente articolato in 6 sub criteri.

Successivamente alla valutazione delle offerte tecniche, ed all'apertura di quelle economiche, nella "relazione n. 4" del 5.12.2017, la Commissione ha assegnato alla Ditta Elmar S.r.l. 63 punti per la qualità e 6,89 per il prezzo, ed alla Ditta Enet Solution S.r.l. 43 per la qualità e 30 per il prezzo, che ha pertanto ottenuto il miglior punteggio complessivo.

La stazione appaltante ha tuttavia ritenuto che detta offerta non soddisfacesse le proprie esigenze, sia da un punto di vista tecnico che economico, richiedendo pertanto, ad entrambi i concorrenti, di migliorare le condizioni precedentemente formulate, provvedendo successivamente ad affidare alla Ditta Elmar il servizio di che trattasi.

III) Il ricorso è fondato.

Osserva infatti il Collegio che, in base a quanto evidenziato nella lettera di invito alla procedura impugnata, "il Responsabile del Servizio valuterà l'opportunità e la possibilità di condurre una trattativa diretta con la ditta che abbia formulato le migliori e più convenienti condizioni tecnico-economiche, in alternativa all'avvio di una formale procedura selettiva".

In sostanza, in caso di offerte non soddisfacenti, la stazione appaltante poteva evitare di affidare i lavori al concorrente con il miglior punteggio graduatoria, avviando una nuova "formale procedura selettiva", o in alternativa, come detto, era tenuta a "condurre una trattativa diretta", ma ciò "con la ditta che abbia formulato le migliori e più convenienti condizioni tecnico-economiche", e dunque con l'attuale ricorrente, prima classificata in esito alle operazioni valutative, e non invece anche con la controinteressata.

IV) In particolare, osserva il Collegio che, malgrado la stazione appaltante abbia formalmente qualificato la procedura impugnata in termini di "indagine di mercato", ha in realtà esperito una vera e propria gara ufficiosa, non essendosi infatti limitata ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato, e quindi, dell'esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di

condizioni contrattuali che sono disposte a praticare, avendo invece effettuato una valutazione comparativa delle offerte, insita nel concetto stesso di gara, ciò che impone all'amministrazione di rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità (C.S., Sez. IV, 5.4.2006, n. 1789), e pertanto, in questo caso, l'obbligo di procedere alla rinegoziazione solo con la concorrente prima in graduatoria, e non invece anche con la seconda classificata.

Conseguentemente, malgrado l'art. 36 c. 2 lett. a) del Codice dei Contratti Pubblici, invocato dalla difesa comunale, così come anche le Linee Guida Attuative n. 4 approvate dall'Anac con delibera n. 1097 del 26.10.2016, consentano l'affidamento diretto dei contratti di importo inferiore ai 40.000,00 Euro, tra i quali rientra anche quello per cui è causa, dette disposizioni non possono tuttavia trovare applicazione nel caso di specie. Mediante la procedura impugnata, come detto, la stazione appaltante non ha infatti inteso affidare direttamente i lavori ad una determinata Ditta, ritenendo invece, ex ante, di dare luogo ad un confronto selettivo, contestualmente autovincolandosi al rispetto di alcune regole, la cui successiva violazione, non può pertanto che dare luogo all'accoglimento del ricorso.

Diversamente ragionando, e pertanto ritenendo che un'Amministrazione, dopo aver individuato la migliore offerta in base ai parametri dalla stessa prefissati, e dopo aver previsto la facoltà di rinegoziazione soltanto con la Ditta che l'ha presentata, possa disconoscere tale autovincolo, si darebbe inevitabilmente luogo a disparità di trattamento ed a decisioni arbitrarie, palesemente in contrasto con i principi costituzionali di trasparenza, imparzialità e buon andamento.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto, dovendosi conseguentemente annullare i provvedimenti impugnati, nella parte in cui hanno ammesso alla rinegoziazione l'offerta della Ditta Elmar, ed hanno successivamente aggiudicato alla stessa l'affidamento di che trattasi.

V) La domanda di risarcimento del danno in forma specifica, mediante la quale la ricorrente chiede di divenire assegnataria del contratto di lavori di che trattasi, va invece respinta.

La lettera di invito alla procedura impugnata prevedeva infatti espressamente che "la presente indagine non ha natura vincolante per l'Amministrazione, e non comporta alcun obbligo di affidamento dei lavori", potendo la stazione appaltante, come detto, "in alternativa" all'aggiudicazione, od alla rinegoziazione con la prima classificata, avviare "una formale procedura selettiva".

Malgrado la ricorrente sia risultata prima classificata, e nonostante l'accoglimento del presente ricorso, nella parte in cui ha annullato l'affidamento dei lavori alla controinteressata, la stazione appaltante conserva pertanto la facoltà di non dare luogo all'aggiudicazione, e di avviarne un'ulteriore procedura di scelta del contraente, dovendosi pertanto respingere la domanda di risarcimento del danno.

Le spese vanno compensate tra le parti, in ragione della soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, quanto all'annullamento dei provvedimenti impugnati, e respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente, da parte del Comune di Gerenzano.

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