

Illegittimità procedurale e rinnovo della gara

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 27-3-2018

1. A fronte di una chiara alterazione dei principi generali di trasparenza e *par condicio competitorum*, consumatasi nella fase iniziale della gara, l'effetto derivante dalla pronuncia di annullamento in sede giurisdizionale comporta la rinnovazione della procedura a partire dal segmento iniziale, con la necessità di pubblicare un nuovo bando al fine di consentire alle imprese interessate di formulare un'offerta consapevole, sulla base dei criteri di valutazione in esso specificati e non ulteriormente modificabili.

Guida alla lettura

La conclamata illegittimità di una procedura ad evidenza pubblica non produce l'automatico riconoscimento del diritto del partecipante escluso all'aggiudicazione del bene della vita, la residualità della discrezionalità decisionale imponendo la rinnovazione della gara.

Tale circostanza è individuabile allorché la stazione appaltante indichi i criteri in base ai quali misurare il peso degli elementi tecnici di un'offerta solo in una fase successiva alla presentazione delle stesse: in tal caso **l'alterazione della trasparenza procedurale** (e la sua ricaduta applicativa sulla *par condicio competitorum*) **comporta l'annullamento della stessa, con conseguente rinnovazione del predetto iter a partire dal segmento iniziale.**

In buona sostanza, la necessità di ripercorrere il processo concausale (proprio di una procedura ad evidenza pubblica) viziato presuppone la pubblicazione di un nuovo bando di gara, così da porre in essere una nuova formulazione delle offerte, nella piena consapevolezza dei criteri di valutazione delle stesse. Detta circostanza pertanto impedisce l'automatico consolidamento del diritto dell'ingiustamente escluso al conseguimento del bene della vita. Ne deriva la logica conseguenza per cui la predetta circostanza non è idonea a costituire presupposto per l'accoglimento della domanda del risarcimento del danno (cfr. Cass. civ., sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 827; *Id.*, 4 luglio 2017, n. 3255).

Nel dettaglio, il ristoro del pregiudizio patito non costituisce una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo, ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, evento, nesso causale, colpa), oltre che la prova della spettanza del bene della vita, la quale risulta inevitabilmente intersecata con la natura giuridica dell'attività svolta dalla stazione appaltante.

La pronuncia in commento offre lo spunto per osservare più da vicino il **peculiare tema della rinnovazione della gara a seguito di una accertata illegittima esclusione di un**

concorrente.

Al riguardo fondamentale appare il criterio di scelta dell'offerta, l'adozione dell'uno rispetto all'altro determinando un differente approccio in punto di "re-start".

In merito il dibattito interpretativo si divide tra due differenti ricostruzioni.

A parere di una prima tesi **la posizione del concorrente inizialmente escluso e poi riammesso alla gara è tutelabile attraverso una mera rinnovazione parziale della stessa.**

A sostegno è sufficiente richiamare il principio di conservazione degli atti giuridici, quale corollario del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). A dire il vero, in aggiunta si schiera altresì il principio di legittimità, in quanto la rinnovazione parziale consente di raggiungere il risultato più vicino a quello che si sarebbe verificato laddove non si fosse registrata l'illegittima esclusione.

La bontà delle argomentazioni indicate, tuttavia, possiede una validità limitata, nella misura in cui qualora il criterio prescelto dalla stazione appaltante sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è necessario preservare la segretezza del contenuto delle offerte e la contestualità dell'attività valutativa: allorché l'interruzione della gara avvenga a "buste già aperte", pertanto, una ripresa dal punto di interruzione pregiudicherebbe senza dubbio la genuinità dell'attività valutativa.

Proprio partendo dalle considerazioni avverse alla tesi precedente, secondo una differente ricostruzione **la modalità di ripresa della gara dipende dal tipo di criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante.** Qualora l'offerta più conveniente sia individuata a mezzo del **criterio del prezzo più basso** non vi sono ragioni per richiedere la riedizione dell'intera procedura di gara, l'eventuale conoscenza del contenuto delle offerte non escluse da parte della commissione giudicatrice non pregiudicando l'imparzialità decisionale. In presenza del differente **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, invece, la stazione appaltante ha l'obbligo di ripetere l'intera procedura, considerato il margine di discrezionalità tecnica, insito nell'applicazione di tale criterio aggiudicatorio e di conseguenza il rischio di parzialità di tale valutazione, laddove non sia ristabilita, attraverso la segretezza delle offerte, la *par condicio* tra i concorrenti, mediante la ripresentazione delle offerte da parte degli stessi. Detto altrimenti l'esigenza di garantire la segretezza delle offerte e la contestualità delle valutazioni giustifica il sacrificio del principio di conservazione degli atti.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3126 del 2013, proposto da:

Food & Music s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Discepolo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Conca D'Oro 184/190;

contro

Comune di Ancona, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianni Fraticelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Campagnola, in Roma, via Lutezia 8;

nei confronti di

Corry s.a.s. di De Sanctis Corrado & C., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. MARCHE, SEZIONE I, n. 83/2013, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per assegnazione in locazione di un immobile di proprietà comunale per l'esercizio dell'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande

FATTO

1. La Food & Music s.r.l.s. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale delle Marche in epigrafe, con cui è stato accolto il suo ricorso per l'annullamento degli atti della procedura aperta indetta dal Comune di Ancona (con determinazione n. 1564 del 31 luglio 2012) per l'assegnazione in locazione di un immobile di proprietà comunale, sito in piazza IV Novembre – zona ascensore del Passetto, per uso e somministrazione di alimenti e bevande, ma è stata invece dichiarata inammissibile la domanda per il risarcimento dei danni proposta dalla stessa società.

2. L'appellante aveva censurato la procedura di assegnazione a causa della difformità dei pesi per l'offerta tecnica e l'offerta economica - nell'ambito di una gara da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'(allora vigente) art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – verificatasi tra la versione del bando approvata con la delibera di indizione e quella invece successivamente pubblicata. In particolare: mentre nella prima erano previsti 40 punti per l'offerta tecnica e 60 per l'offerta economica (incentrata sul maggior canone offerto al

Comune sulla base d'asta di € 25.000 annui), viceversa, nella versione pubblicata i punteggi erano invertiti tra queste due componenti.

3. A fronte di ciò il Tribunale amministrativo ha reputato illegittimo l'operato del Comune, consistito nella rettificare il bando nel senso di ritenere valida la versione resa pubblica (con determinazione dirigenziale n. 1840 del 19 settembre 2012), dopo che le offerte erano state già presentate. In particolare, secondo il giudice di primo grado *«l'errore contenuto nel bando originariamente approvato, che riguardava la fondamentale quantificazione del peso dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, non poteva essere considerato quale mero errore materiale e risolto con un semplice provvedimento di correzione del bando, dopo la presentazione delle offerte (sia pure a buste ancora chiuse)»*. In conseguenza del vizio accertato, il Tribunale amministrativo respingeva quindi la domanda di reintegrazione in forma specifica proposta dalla società ricorrente, mentre l'inammissibilità della domanda risarcimento per equivalente veniva correlata al fatto che la medesima società non aveva *«precisato»* tale richiesta nel corso del giudizio.

4. La Food & Music censura quest'ultimo capo di sentenza con il presente appello, al quale resiste il Comune di Ancona.

DIRITTO

1. La Food & Music ribadisce nel proprio appello che con l'illegittima rettifica del bando di gara disposta dal Comune di Ancona i pesi delle due componenti dell'offerta sono stati arbitrariamente distorti a proprio sfavore ed a tutto vantaggio dell'aggiudicataria – e unica altra concorrente - Corry S.a.s. di De Sanctis Corrado & C. (aggiudicazione definitiva disposta con determinazione n. 2147 del 29 ottobre 2012). La Food & Music evidenzia a tale riguardo che la controinteressata aveva offerto un canone inferiore al proprio (rispettivamente 26.100 contro 28.000 euro), ma ha poi beneficiato del ragguglio al punteggio massimo di 60 per l'offerta tecnica, che sommati ai 37,29 punti ottenuti per l'offerta tecnica (contro i 40 propri), hanno portato la stessa a collocarsi al primo posto della graduatoria, con 97,29 punti contro i 97 conseguiti da essa appellante.

2. Quindi, nel sottolineare che anche il giudice di primo grado ha rilevato che se i pesi delle due componenti fossero rimasti quelli previsti nella delibera di indizione della procedura (n. 1564 del 31 luglio 2012) la Food & Music *«si sarebbe presumibilmente aggiudicata la gara»*, l'originaria ricorrente ripropone la domanda di risarcimento dei danni. Al riguardo chiede che essi siano quantificati *«in via equitativa»* o *«in via minimale del 20% del canone annuo stabilito nella determina dirigenziale e pari ad € 25.000 più iva»*. La Food & Music precisa al riguardo che la base d'asta sulla quale sono poi stati offerti i rialzi *«rappresenta (...) la ragionevole corrispettività dell'utile rispetto a tale voce di spesa che è l'unica documentata»*.

3. Con un ulteriore motivo d'appello l'originaria ricorrente contesta la compensazione delle spese di lite del giudizio di primo grado, per il quale il Tribunale amministrativo si è limitato ad addurre l'esistenza di *«giuste ragioni»*, senza alcuna puntuale motivazione rispetto alla deroga al criterio della soccombenza così operata.

4. Così sintetizzate le censure di cui si compone il presente appello, quella diretta a contestare la dichiarazione di inammissibilità della domanda risarcitoria deve essere respinta. Il Tribunale amministrativo ha infatti condivisibilmente posto a base di questa statuizione l'assoluta genericità di tale domanda.

5. Nel proprio ricorso la Food & Music si è in particolare limitata a chiedere «*il risarcimento di tutti i danni*» subiti per effetto degli atti impugnati. Come poi rilevato dal giudice di primo grado, questa iniziale carenza nel dedurre i fatti costitutivi della domanda proposta non è stata poi emendata nel corso del giudizio.

La dichiarazione di inammissibilità conseguentemente emessa dal Tribunale costituisce dunque la corretta conseguenza tratta dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, che dall'inquadramento della responsabilità civile della pubblica amministrazione nel paradigma generale del fatto illecito di cui all'art. 2043 cod. civ. (da ultimo: Cons. Stato, IV, 1 agosto 2017, n. 3841), fa discendere il corollario per cui spetta al preteso danneggiato l'onere di allegare e provare tutti gli elementi della fattispecie, tra i quali – per venire al caso di specie – i danni subiti e il loro ammontare, o quanto meno i criteri per pervenire alla relativa quantificazione.

6. Per contro, solo nel presente appello la Food & Music ha specificato quale sarebbe il pregiudizio subito a causa delle illegittimità verificatesi nella procedura di assegnazione oggetto del presente giudizio, consistente nel mancato utile in ipotesi ritraibile dalla gestione dell'immobile comunale posto a gara per attività di somministrazione di alimenti e bevande e a quanto tale utile ammonterebbe. Ciò non è tuttavia consentito, perché in questo modo si determina una parcellizzazione della domanda giudiziale nell'ambito del doppio grado di giudizio ed in particolare una precisazione della stessa solo in appello, in relazione al quale opera il c.d. divieto dei *nova* sancito dall'art. 104, comma 1, del codice del processo amministrativo.

7. La domanda risarcitoria della Food & Music deve peraltro essere respinta per una ulteriore e più assorbente ragione.

Essa consiste nel fatto che il vizio di legittimità della procedura di gara su cui si basa la pronuncia di annullamento di primo grado non comporta alcun accertamento circa il diritto dell'odierna appellante ad aggiudicarsi l'immobile comunale oggetto di assegnazione. Il Tribunale amministrativo ha infatti ravvisato l'illegittimità dell'operato del Comune di Ancona per il fatto di avere nella sostanza chiarito *a posteriori*, dopo che le offerte erano già state presentate, quale peso avrebbero rispettivamente avuto nella valutazione di queste ultime gli elementi tecnici, da un parte, e quelli economici dall'altra. A fronte di questa chiara alterazione dei principi generali di trasparenza e *par condicio competitorum*, consumatasi nella fase iniziale della gara, l'effetto derivante dalla pronuncia di annullamento in sede giurisdizionale comporta la rinnovazione della procedura a partire dal segmento iniziale, con la necessità di pubblicare un nuovo bando al fine di consentire alle imprese interessate di formulare un'offerta consapevole, sulla base dei criteri di valutazione in esso specificati e non ulteriormente modificabili.

Sulla base delle considerazioni ora svolte deve quindi escludersi che l'annullamento pronunciato dal Tribunale rechi un accertamento del diritto dell'odierna appellante ad aggiudicarsi la procedura di affidamento oggetto del presente giudizio e, conseguentemente, del diritto ad essere ristorata per equivalente del mancato utile riveniente dalla gestione dell'immobile comunale posto a gara.

8. In senso opposto a quanto finora evidenziato non sono ritraibili elementi dal rilievo contenuto nella sentenza di primo grado secondo cui i pesi tra le componenti valutative tecnica e economica previsti nella versione originaria del bando (60 punti per l'offerta economica e 40 punti per l'offerta tecnica) avrebbero comportato un esito della gara opposto a quello poi concretamente verificatosi, con l'aggiudicazione della stessa alla Food & Music. Questo passaggio motivazionale costituisce infatti un'argomentazione rafforzativa dell'illegittimità rilevata dal giudice di primo grado, consistita nella sostanziale variazione di tali pesi quando le offerte erano già state presentate dalle due concorrenti, determinatasi per effetto della rettifica con cui il Comune di Ancona ha invece precisato che la versione del bando applicabile alla gara era quella già resa pubblica (nella quale il rapporto 40 – 60 delle componenti tecniche ed economica dell'offerta era invertito).

Va quindi ribadito sul punto che la descritta alterazione della *par condicio* così verificatasi avrebbe imposto di rinnovare la gara, in modo da consentire una competizione fisiologica tra gli operatori economici interessati all'assegnazione dell'immobile comunale. Ciò si ricava del resto dalla stessa pronuncia di primo grado, laddove si è statuito che la *chance* di aggiudicazione vantata dalla Food & Music doveva ritenersi reintegrata in forma specifica per effetto dell'annullamento della gara disposto in accoglimento delle censure dalla stessa società formulate.

9. Chiarita in questo modo la natura del vizio di legittimità accertato, è applicabile al caso di specie il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali (tra i quali si può annoverare non solo il difetto di motivazione, ma anche e soprattutto i vizi del procedimento), non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato *ope iudicis* e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (*ex multis*: Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; III, 23 gennaio 2015, n. 302; IV, 8 febbraio 2018, n. 827, 4 luglio 2017, n. 3255, 6 febbraio 2017, n. 489; V, 27 novembre 2017, n. 5546, 17 luglio 2017, n. 3505, 6 marzo 2017, n. 1037, 15 novembre 2016, n. 4718, 23 agosto 2016, n. 3674, 10 febbraio 2015, n. 675, 14 ottobre 2014, n. 5115; VI, 30 novembre 2016, n. 5042). Come precisato nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale, il risarcimento del danno non è infatti una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato, alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo dell'amministrazione.

Tale giudizio prognostico non può tuttavia essere positivo quando la spettanza del bene

richiesto è subordinata al nuovo esercizio del potere amministrativo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, come nel caso di un annullamento che pone all'amministrazione l'obbligo di provvedere nuovamente, senza tuttavia vincolarla quanto alla determinazione finale da assumere.

10. Si può dunque procedere all'esame del motivo d'appello relativo al regolamento delle spese del giudizio di primo grado.

11. Sul punto va innanzitutto richiamato lo *ius receptum* formatosi presso la giurisprudenza amministrativa, secondo cui la statuizione in ordine alle spese di giudizio è il risultato di un potere-dovere sindacabile in appello per violazione di legge quando le spese sono state poste anche solo in parte a carico della parte totalmente vittoriosa, e, in caso di deroga al criterio della soccombenza e conseguente compensazione, nei soli casi di decisione manifestamente irrazionale o che si riferisca al pagamento di somme palesemente inadeguate (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, III, 16 novembre 2016, n. 4738, 9 novembre 2016, n. 4655, 3 novembre 2016, n. 4612, 27 ottobre 2016, n. 4513; IV, 20 dicembre 2017, n. 5981, 13 dicembre 2017, n. 5876, 24 ottobre 2017, n. 4890, 14 aprile 2017, n. 1779, 13 aprile 2017, nn. 1721 e 1722, 27 marzo 2017, nn. 1338 - 1355, 6 marzo 2017, nn. 1018 - 1035, 10 febbraio 2017, n. 573, 6 febbraio 2017, nn. 484 e 485, 1 febbraio 2017, nn. 417 - 424, 18 gennaio 2017, nn. 191 - 193, 17 gennaio 2017, nn. 123, 124 e 126, 12 dicembre 2016, n. 5206, 7 dicembre 2016, nn. 5174 e 5185, 6 dicembre 2016, nn. 5132 - 5148, 25 novembre 2016, nn. 4975 - 4978, 21 novembre 2016, nn. 4837 - 4841, 18 novembre 2016, nn. 4808 - 4820, 17 novembre 2016, n. 4769 - 4779, 4781 - 4792, 16 novembre 2016, n. 4742, 26 agosto 2016, n. 3700; V, 27 luglio 2017, n. 3706, 5 aprile 2017, nn. 1598 e 1600, 16 novembre 2016, n. 4748, 18 ottobre 2016, n. 4346; V, 6 settembre 2017, n. 4222, 31 agosto 2017, nn. 4139, 4143 e 4145; VI, 11 novembre 2016, n. 4675).

12. Nondimeno, la Sezione ritiene che nel caso di specie l'ampia discrezionalità di cui dispone il Tribunale amministrativo nell'apprezzare i «*giusti motivi*» per compensare le spese ai sensi dell'art. 92, comma 2, cod. proc. civ. (nella versione vigente all'epoca in cui la sentenza di primo grado è stata pronunciata) sia stata esercitata in modo palesemente irrazionale e dunque tale da esporsi alle censure formulate dall'appellante.

Il giudice di primo grado ha infatti addotto a sostegno della deroga al criterio della soccombenza «*la particolarità della fattispecie*» e la «*natura delle scelte dell'Amministrazione*», ovvero elementi che in questo caso avrebbero imposto una condanna di quest'ultima, per la palese illegittimità commessa dal Comune di Ancona con la sostanziale determinazione dei pesi tra l'offerta tecnica e quella economica ad offerte già presentate e dunque per la grave alterazione della *par condicio* tra i due concorrenti, tale da invalidare la procedura di gara a partire dal bando.

13. Pertanto, l'appello della Food & Music può essere accolto solo limitatamente alla compensazione delle spese disposta dal Tribunale amministrativo. In riforma di tale statuizione va dunque disposta la condanna del solo Comune di Ancona alla refusione delle spese del giudizio di primo grado a favore dell'originaria ricorrente, nella misura specificata in dispositivo.

Nei rapporti tra quest'ultima e l'amministrazione resistente il parziale accoglimento dell'appello giustifica invece una compensazione parziale delle spese del presente grado di giudizio, nei limiti di un mezzo, e la condanna per la restante metà a carico della seconda, nella misura parimenti indicata in dispositivo.

Quanto ai rapporti tra la Food & Music e la controinteressata Corry s.a.s. di De Sanctis Corrado & C. può invece essere disposta una compensazione integrale delle spese relative al doppio grado di giudizio, in considerazione del fatto che quest'ultima non ha dato causa alla presente controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, condanna il Comune di Ancona a rifondere alla Food & Music s.r.l.s. le spese di quel grado di giudizio, liquidate in € 2.000,00, oltre agli accessori di legge.

Condanna il Comune di Ancona a rifondere all'appellante le spese del presente grado giudizio nella misura della metà, liquidata in € 1.500,00, oltre agli accessori di legge; compensa le spese per la restante metà tra le medesime parti e in via integrale nei rapporti tra la medesima appellante e la controinteressata Corry s.a.s. di De Sanctis Corrado & C.

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