

T.A.R. LAZIO ROMA, SEZ. III, SENTENZA 3 LUGLIO 2009, n. 6443

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 10313 del 2008, proposto da:
XXX s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. F. C., E. C., con
domicilio eletto presso E. C. in Roma, viale B.B., x;

contro

Soc. YYY Spa, rappresentato e difeso dall'avv. A. G., con domicilio
eletto presso A. G. in Roma, p.zza B., x;

nei confronti di

Soc ZZZ Spa, rappresentato e difeso dagli avv. P. M., A. P. con
domicilio eletto presso P. D. M. in R., via dell'O., x;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

DEL PROV.V. TO DEL 14/10/08 CON IL QUALE E' STATA ANNULLATA LA GARA A
PROCEDURA APERTA PER LA FORNITURA DEI SERVIZI ASSICURATIVI DEI VEICOLI
E NATANTI DELLE P.A.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Spa - Concessionaria
Servizi Informatici Pubblici;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc ZZZ Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 giugno 2009 il primo
referendario Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La YYY s.p.a., con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale
comunitaria del 12-6-2008, ha indetto una gara con procedura aperta
per la fornitura dei servizi di copertura assicurativa dei rischi
connessi alla circolazione dei veicoli e dei natanti delle
Amministrazioni dello Stato, con un importo a base d'asta di
74.101.564 euro, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta
economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di otto punti per
l'offerta tecnica e 92 per l'offerta economica, quest'ultima in base
ad una formula matematica per attribuire rilevanza a tutti i tipi di
assicurazione oggetto della gara.

Hanno presentato domanda di partecipazione XXX s.p.a. e ZZZ s.p.a.;
nella seduta pubblica del 1-8-2008 sono state aperte le buste relative
alla documentazione amministrativa; successivamente in seduta
riservata sono state valutate le buste relative all'offerta tecnica;
nella seduta pubblica dell'8-10-2008 sono state aperte le buste
contenenti l'offerta economica.

Dalla valutazione delle offerte, in base ai criteri indicati nel
bando, in particolare applicando la formula matematica prevista per la
valutazione dell'offerta economica, è risultata prima classificata la
XXX s.p.a..

Successivamente, con provvedimento del 14-10-2008, la YYY s.p.a. ha
annullato in via di autotutela la procedura di gara, con la
motivazione che l'applicazione della formula per l'attribuzione del
punteggio economico comportava l'alterazione del criterio dell'offerta
economicamente più vantaggiosa. Con lettera di invito del 20-10-2008 è
stata indetta una procedura negoziata senza bando per la fornitura dei

servizi di copertura assicurativa dei rischi connessi alla circolazione dei veicoli e dei natanti delle Amministrazioni dello Stato.

Avverso tali atti è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione dell'art 21 nonies della legge n° 241 del 7-8-1990; violazione dei principi in materia di annullamento di autotutela; eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione; violazione dell'art 7 della legge n° 241 del 7-8-1990;

violazione dell'art 57 comma 2 lettera c) del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; eccesso di potere per carenza dei presupposti; violazione dei principi della par condicio e segretezza delle offerte.

Con decreto presidenziale del 14 novembre 2008 è stata accolta la richiesta di misure cautelari provvisorie.

Si sono costituite la YYY s.p.a. e ZZZ s.p.a. contestando l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 26 novembre 2008 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati; l'ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato nella Camera di consiglio del 12-12-2008.

All'udienza pubblica del 7 gennaio 2009 è stata disposta la consulenza tecnica d'ufficio.

All'udienza pubblica del 3 giugno 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla difesa della YYY per l'intervenuta acquiescenza da parte della XXX.

Sostiene, infatti, la difesa della YYY che la XXX partecipando alla successiva procedura negoziata avrebbe fatto acquiescenza rispetto ai vizi dell'annullamento della procedura aperta.

Tale eccezione è, all'evidenza, infondata.

Come è noto, per il verificarsi della acquiescenza ad un provvedimento amministrativo è necessario il compimento di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto stesso, che esprimano la chiara volontà di accettarne gli effetti. L'acquiescenza presuppone, dunque, una condotta consapevole, da parte dell'avente titolo all'impugnazione, che sia libera e inequivocabilmente diretta ad accettare l'assetto di interessi definito dall'amministrazione attraverso gli atti oggetto di impugnazione (Consiglio Stato, sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3255; Consiglio Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2804).

Nel caso di specie tale volontà univoca risulta smentita dalla espressa riserva della impugnazione formulata nella domanda di partecipazione alla procedura negoziata.

Ritiene il Collegio di dover richiamare il costante orientamento giurisprudenziale per cui il comportamento di mera partecipazione alla gara non implica alcuna accettazione ed inoppugnabilità di clausole della lex specialis regolanti la procedura (Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6523; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 febbraio 2008, n. 951); la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica successiva ad una gara precedentemente annullata non è stata considerata neppure costituire acquiescenza rispetto all'annullamento della prima gara (Consiglio Stato, sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 6449). Ne deriva che dal comportamento della società XXX non si può configurare alcuna acquiescenza, con conseguente inoppugnabilità degli atti.

Nel merito il ricorso è fondato.

In primo luogo e' evidente la illegittimità del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, in mancanza dei presupposti previsti dalla legge.

L'art 57 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 ammette la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara in alcune ipotesi specifiche delle quali si deve dar conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. In tal caso nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Solo per i contratti pubblici relativi a forniture, la procedura negoziata senza bando è, inoltre, consentita:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

Il d.lgs. n° 163 del 2006 restringe il ricorso alla procedura negoziata, in particolare a quella senza bando, che non garantisce il rispetto dei principi di concorrenza e massima partecipazione, ad ipotesi in cui vi siano presupposti di fatto specifici che non rendano possibile e del tutto svantaggioso per la amministrazione il ricorso alle procedure aperte o ristrette, presupposti dei quali la stazione appaltante deve dare espressamente atto nella determina a contrarre.

Nel caso di specie, la YYY, nella lettera di invito, ha giustificato il ricorso alla procedura negoziata senza bando in relazione alla estrema urgenza. L'ipotesi è, dunque, quella prevista dall'art 57 comma 2 lettera c), né sarebbe inquadrabile in alcuna delle altre ipotesi dell'art 57. In base a tale norma, l'estrema urgenza deve risultare da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e le

circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Ne deriva che la stazione appaltante non deve dare atto solo della urgenza ma deve specificare i presupposti di fatto dell'urgenza.

Pertanto non può ritenersi adeguata la motivazione resa dalla YYY, relativa alla necessità della stipulazione dei contratti di assicurazione entro il 31 dicembre, in quanto tale circostanza era non solo prevedibile, ma anche evitabile dalla stazione appaltante con la semplice conclusione della procedura aperta le cui offerte economiche erano state aperte in data 8-10-2008.

Ai sensi dell' art. 57 comma 2 del Codice dei contratti pubblici le circostanze di estrema urgenza, adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara, non devono essere imputabili alla stazione appaltante (cfr Consiglio Stato , sez. V, 11 maggio 2009 , n. 2882 per cui se non sia data un'adeguata programmazione e non si decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non può ritenersi legittimo il ricorso alla trattativa privata).

In particolare, l'erronea individuazione della formula per l'attribuzione del punteggio economico non può essere considerata una circostanza imprevedibile, né non attribuibile alla stazione appaltante.

La procedura negoziata è quindi illegittima.

Quanto al provvedimento di annullamento d'ufficio, l'esercizio del potere di autotutela, sia di annullamento che di revoca, come è noto, è sottoposto al limite dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto.

Nell'annullamento d'ufficio tale interesse pubblico non coincide con il mero ripristino della legalità eventualmente violata, ma occorre la valutazione di un interesse ulteriore della Amministrazione, anche in relazione alla compressione dell'interesse del privato, soprattutto quando questo abbia una particolare affidamento a causa del tempo trascorso dall'adozione dell'atto.

Tali principi sono stati codificati dall'art 21 nonies della legge n° 241 del 7-8-1990, aggiunto dall'art. 14, L. 11 febbraio 2005, n. 15, in base al quale, il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

La YYY fa riferimento ad un annullamento della gara. L'annullamento della procedura aperta è basato, secondo la motivazione del provvedimento di autotutela, su un errore commesso dalla YYY nella predisposizione della formula per l'attribuzione del punteggio economico.

Ai sensi dell'art 83 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006, quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: il prezzo; la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; il costo di utilizzazione e manutenzione; la redditività; il servizio successivo alla vendita; l'assistenza tecnica; la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; l'impegno in materia di pezzi di ricambio; la sicurezza di approvvigionamento.

Il bando di gara elenca i criteri di valutazione e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante

una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia, deve essere appropriato. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture.

La scelta dei criteri per l'attribuzione dei punteggi, comprese dunque le formule del punteggio prezzo, rientra dunque nella discrezionalità della stazione appaltante, discrezionalità da esercitare al momento della predisposizione del bando di gara.

Il cattivo esercizio della discrezionalità provoca un vizio legittimità secondo le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Pertanto il vizio di legittimità che poteva costituire il presupposto dell'annullamento in autotutela avrebbe dovuto riguardare una macroscopica irragionevolezza o illogicità o travisamento dei fatti.

La YYY non ha dato neppure una adeguata motivazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale all'esercizio del potere di autotutela che si dovrebbe ritenere insito nella esigenza di assicurare la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che la formula non avrebbe assicurato e che sarebbe stata corretta nella nuova formula.

Al fine della valutazione della sussistenza di un tale vizio nella formula adottata dalla stazione appaltante è stato necessario disporre la consulenza tecnica d'ufficio. La consulenza tecnica non tendeva dunque alla sostituzione del giudizio dell'amministrazione con quello del consulente (cd sindacato forte), ma solo al sindacato di questo giudice sulla ragionevolezza delle scelte dell'Amministrazione (cd sindacato debole).

Dalla consulenza tecnica è emerso come la formula adottata dalla stazione appaltante nel bando di gara della procedura aperta, non conducesse ad un risultato chiaramente in contrasto con la scelta dell'offerta migliore, né necessariamente premiasse l'offerta economicamente più costosa.

Dalla consulenza, risulta invero, che le due formule si distinguono per i pesi associati alle tipologie di coperture assicurative; per i pesi associati alle opzioni di massimale previste per ciascuna tipologia di coperture assicurative, in particolare nella formula della trattativa privata, diminuisce l'incidenza delle coperture previsto per l'utilizzo delle proprie vetture da parte dei dipendenti.

Ad avviso del consulente, entrambe le formule possono condurre a considerare una offerta migliore dell'altra in relazione alla rilevanza di alcune circostanze di fatto poste alla base del calcolo, ovvero se alcuni contratti occupino uno spazio maggiore o minore nel portafoglio complessivo. La formula della gara aperta avrebbe potuto condurre a scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa in presenza di un numero rilevante di vetture dei dipendenti.

Da tali risultati della analisi, derivano sotto il profilo dei vizi dell'atto vari aspetti.

La seconda formula non costituisce una correzione necessaria e immediata di una formula adottata per errore, ma deriva da una nuova e diversa scelta della stazione appaltante, di considerare alcune circostanze di fatto relative all'oggetto del contratto assicurativo più o meno rilevanti.

Il consulente ha, infatti, evidenziato che la formula della gara aperta può comportare la prevalenza di una offerta economicamente più vantaggiosa, nella sua concreta applicazione, in relazione a come si comporteranno, nello sviluppo reale, i dati di base considerati come

previsioni; tale caratteristica vale per qualunque altra applicazione nella concreta realtà di una formula elaborata in base a dei calcoli previsionali .

E' evidente, quindi, che la stazione appaltante ha mutato i dati di base da valorizzare nella considerazione dell'offerta. Ha quindi operato una nuova e diversa scelta dei criteri di valutazione.

Il nuovo esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante, in primo luogo, non giustifica in alcun modo il ricorso alla procedura negoziata senza bando, la quale è indubitabilmente affetta da vizi di violazione di legge, essendo stata adottata in mancanza dei presupposti stabiliti dall'art 57 del d.lgs. n° 163 del 2006.

Il riesercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante comporta, inoltre, che il provvedimento di autotutela adottato non debba essere considerato come annullamento d'ufficio ma più appropriatamente come revoca della gara. Poichè la revoca è basata, esclusivamente, su una nuova valutazione dell'interesse pubblico, di tale valutazione deve essere espressamente dato conto nella motivazione. In particolare, poi, rispetto alla revoca di una procedura di gara, ritiene il Collegio di aderire all'orientamento giurisprudenziale espresso di recente dal Consiglio di Stato, che ha affermato che, poichè dal sistema normativo di riferimento si trae la regola che le amministrazioni si determinino a contrarre solo dopo meditata ponderazione degli "elementi essenziali del contratto" (così, con disposizione di carattere ricognitivo e quindi destinata a valere anche nella fattispecie considerata: l'art. 11 del codice dei contratti pubblici), al pari di qualsiasi altro contraente, quando la pubblica amministrazione si rivolge al mercato (impegnandosi nei confronti dei soggetti che vi operano), deve aver preventivamente ed esattamente individuato l'ambito dei bisogni da soddisfare; ciò tanto più ove si consideri che il meccanismo privilegiato di scelta del contraente (la gara aperta), non consente aggiustamenti della domanda nel corso della procedura ed è anzi presidiato dal principio di immutabilità dell'offerta, che ovviamente presuppone altrettanta tendenziale rigidità sul piano della domanda. Non v'è quindi dubbio che la previa definizione dell'oggetto della gara sia un preciso dovere delle stazioni appaltanti, volto a garantire anche la posizione dei partecipanti alle pubbliche gare. Ciò ovviamente non comporta che sia radicalmente esclusa la possibilità di revoca in ragione di superiori (e normalmente sopravvenute) esigenze di interesse pubblico secondo gli ordinari principi di sana amministrazione, ma unicamente significa che la revoca (costituendo un evento non conforme alla fisiologia del contrarre) costituisca una vera e propria eccezione alla regola. Ciò che non può appunto realizzarsi laddove il mutamento di una determinazione ha luogo a causa di una non meditata e previa definizione dell'oggetto del contrarre (Consiglio Stato , sez. V, 11 maggio 2009 , n. 2882).

Nel caso di specie, è evidente che la revoca sia avvenuta unicamente a causa di una diversa definizione delle condizioni di gara e proprio in relazione ad una diversa individuazione dei bisogni da soddisfare; ciò comporta, anche in relazione a quanto sostenuto dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, che la YYY ha mutato il precedente quadro di riferimento.

Neppure si può ritenere che la stazione appaltante si fosse riservata un particolare potere di non procedere all'aggiudicazione in relazione al richiamo nel bando di gara all'art 81 comma 3 del d.lgs. n° 163 del 2006.

In primo luogo, la YYY ha fatto espresso riferimento all'esercizio di poteri di annullamento d'ufficio, senza alcun richiamo alla previsione dell'art 81, di cui pertanto non si è specificamente avvalso.

Inoltre, tale norma, per cui le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione ove nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, ad avviso del Collegio, non attribuisce alla stazione appaltante alcun potere di non procedere all'aggiudicazione diverso ed ulteriore dal potere di revoca della gara secondo i principi dell'esercizio del potere di autotutela, ma specifica unicamente che l'esercizio di tali poteri può riguardare anche la convenienza delle condizioni contrattuali, escludendosi ovviamente alcuna possibilità di revoca ad libitum.

Ma un ulteriore elemento che conferma la illegittimità del provvedimento impugnato, deriva dalla circostanza di fatto, che la scelta della formula matematica per l'attribuzione del punteggio prezzo era stata preceduta da una lunga analisi dei costi e del tipo di operazione oggetto del contratto. A seguito di tale puntuale e consapevole valutazione, la stazione appaltante si era determinata alla scelta discrezionale adottata.

Di contro, nel corso della procedura di gara, dopo qualche mese dalla pubblicazione del bando ed immediatamente dopo l'apertura delle offerte economiche, senza premettere alcuna nuova valutazione istruttoria, l'Amministrazione ha nuovamente esercitato un potere di piena discrezionalità, in evidente carenza di qualsiasi seria ed adeguata "nuova" ponderazione degli interessi.

Anche secondo il consulente, invero, l'adozione di una nuova formula, comportando una rivisitazione del modello di valutazione, avrebbe richiesto uno studio almeno analogo, in termini di risorse umane e temporali, a quello che si era reso necessario per la predisposizione della prima formula.

E' evidente, dunque, il vizio di eccesso di potere del provvedimento impugnato.

Il ricorso sotto tali profili è pertanto fondato e deve essere accolto con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Quanto alla liquidazione del compenso del CTU, ritiene il Collegio di far applicazione dell'art 8 del d.m. del 30-5-1992, facendo riferimento alle percentuali massime per ogni scaglione e di aumentare la somma così determinata ex art 52 del d.p.r. n° 115 del 2002, in relazione alla complessità della questione, liquidando dunque la somma di euro 15.000 più IVA, anche tenuto conto della funzione di collaborazione assolta.

In considerazione della complessità della questione, sussistono giusti motivi per la compensazione fra le parti delle spese processuali, comprese quelle relative alla C.T.U., pari a euro 15.000, oltre IVA.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione III, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate, comprese quelle di C.T.U. e che si determinano in euro 15.000 più IVA, come da liquidazione indicata in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Primo Referendario, Estensore