

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 6323 del 9 novembre 2018

Gara telematica – Problemi tecnici al Mepa – Legittimo l'annullamento della gara – Tutela della concorrenza e dei principi costituzionali

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1505 del 2018, proposto da

.....s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE I n. 01771/2017, resa tra le parti, concernente annullamento in autotutela della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza dell'involucro edilizio dello stabile sito in Cosenza, alla via Isonzo n. 69.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'..... e dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati, nonché l'avvocato dello Stato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che la Direzione regionale della Calabria dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale – aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza dell'involucro edilizio di uno stabile sito in Cosenza, alla via Isonzo n. 69.

La procedura veniva svolta tramite il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni (MEPA), all'interno del quale veniva pubblicata una richiesta di offerta (RDO).

Tra le imprese che avevano partecipato alla gara, l'.....s.r.l. formulava l'offerta valutata come migliore.

Peraltro, benché il bando prevedesse che potevano presentare la loro offerta tutti gli operatori economici abilitati ai bandi per le categorie OS6 e OG1, alla fine era risultato che un vizio del sistema telematico non aveva in realtà consentito agli operatori abilitati ai bandi per la categoria OG1 di prendere parte alla procedura.

Uno di questi, la s.r.l., si rivolgeva pertanto all'ANAC, ai sensi dell'art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, affinché rendesse un parere di precontenzioso vincolante in merito alle criticità riscontrate.

All'esito dell'istruttoria, l'Autorità rendeva il parere 27 aprile 2017, n. 437, con il quale dichiarava illegittima la condotta tenuta dall'amministrazione, che non aveva operato per consentire che tutti i soggetti legittimati potessero avanzare la loro offerta, conformemente alle disposizioni della *lex specialis*.

In conseguenza di ciò, l'..... disponeva l'annullamento in autotutela dell'intera procedura, con determinazione n. 67 del 1° giugno 2017, che veniva però impugnato innanzi al Tribunale amministrativo della Calabria dall'.....s.r.l., denunciandone l'illegittimità.

Costituitisi in giudizio, sia l'..... che l'ANAC deducevano l'infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.

Con sentenza 20 novembre 2017, n. 1771, il Tribunale adito respingeva il ricorso, sul presupposto che – esclusa la necessità di assicurare la partecipazione procedimentale alla ricorrente – le criticità tecniche relative alle procedure allestite in ambiente MEPA avevano indebitamente ristretto la platea degli operatori economici posti nelle condizioni di offrire, pregiudicando quindi il principio di selezione della migliore offerta.

Avverso tale decisione l'.....s.r.l. interponeva appello, contestando preliminarmente l'illegittimità dell'annullamento dell'intera procedura di gara, per non aver la stazione appaltante dato avviso, alle partecipanti alla gara, del relativo procedimento.

In secondo luogo deduceva che non vi sarebbero stati, in realtà, dei concreti motivi di interesse pubblico all'annullamento della procedura di gara, come desumibile dal contenuto di una nota del Rup in data 6 marzo 2017.

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto nell'impugnata sentenza, l'appellante rilevava come nel caso di specie fosse stato comunque salvaguardato il principio di selezione della migliore offerta, avendo partecipato alla gara ben diciotto ditte, laddove la ditta (che aveva agito innanzi all'Anac con la richiesta di parere di

precontenzioso) non aveva impugnato il bando, né partecipato alla gara, né si era costituita nel primo grado di giudizio.

Evidenziava infine che la sentenza di primo grado non aveva argomentato in ordine alle censure mosse nei confronti del parere dell'Anac, impugnato anch'esso in primo grado, in particolare per quanto concerneva il mancato coinvolgimento delle ditte partecipanti alla gara nella relativa istruttoria (dove l'illegittimità del provvedimento Anac e, in via derivata, della determina di annullamento in autotutela dell'....., in quanto assunta sulla sola base del primo).

Costituitesi in giudizio, sia l'..... che l'Anac evidenziavano l'infondatezza delle censure sollevate dall'appellante, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza 5 aprile 2018, n. 1525, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'istanza cautelare proposta dall'appellante, per carenza dei presupposti di legge.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza dell'11 ottobre 2018, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con unico, articolato motivo di appello la societàs.r.l. eccepisce, in primo luogo, il mancato avviso di avvio del procedimento di autotutela finalizzato all'annullamento, con efficacia *ex tunc*, degli atti di gara sino a quel momento posti in essere.

Ciò in evidente violazione dell'obbligo sancito dall'art. 7 l. n. 241 del 1990, tenuto altresì conto che oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe stata – come ritenuto in sentenza – la mancata aggiudicazione *definitiva* della gara, bensì proprio l'annullamento di tutti gli atti di gara, ai fini della successiva rinnovazione della stessa. Le argomentazioni dell'appellante non sono fondate.

Emerge infatti dagli atti del processo – e, segnatamente, dal tenore del ricorso introduttivo di Immobiliare Costruzioni s.r.l. – che l'originario gravame concerneva

solamente una “*Domanda per conseguire l’aggiudicazione ed il contratto*”, con subordinata istanza di risarcimento del danno per equivalente.

Testualmente, la ricorrente così concludeva: “*Con questo ricorso la società ricorrente, tenuto conto che è risultata aggiudicataria provvisoria, formula espressa domanda di conseguire l’aggiudicazione definitiva ed il contratto in questione ai sensi di legge ed in particolare ex art. 124, comma 1 c.p.a.*”.

Per l’effetto, anche a prescindere dagli eventuali profili di inammissibilità della censura, introdotta per la prima volta nel corso del giudizio d’appello, deve trovare conferma quanto statuito dal primo giudice circa

La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell’aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest’ultima ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 (*ex multis*, Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183): la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l’interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l’aggiudicazione provvisoria non è l’atto conclusivo del procedimento.

Va dunque respinta la censura formulata dall’appellante, dovendosi confermare il principio per cui, se la decisione di non giungere alla naturale conclusione della gara interviene nella fase dell’aggiudicazione *provvisoria* – fase nella quale non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all’aggiudicatario provvisorio (titolare, al più, di una mera aspettativa di fatto) – del pari non sorge alcun obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere alla notifiche degli avvisi di avvio del procedimento, né all’aggiudicatario provvisorio né a terzi (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189).

In conclusione, come si legge nella sentenza appellata, fino a quando non sia intervenuta l’aggiudicazione definitiva rientra nel potere discrezionale

dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67).

Al riguardo, neppure è fondato l'ulteriore profilo di censura, con il quale si sostiene che non vi sarebbe stato un interesse concreto ed attuale all'annullamento degli atti di gara, tanto più ove si consideri l'elevato numero delle imprese che vi avevano preso parte.

Invero, risulta dagli atti che tutti i partecipanti alla procedura annullata erano stati resi edotti del problema tecnico riscontrato sulla piattaforma telematica MEPA di Consip, da cui era derivata l'impossibilità, per gli operatori in possesso della sola categoria scorporabile OG1 (da ritenersi soddisfattiva della qualificazione della specialistica OS6), di collocare le proprie offerte, con conseguente violazione strutturale del principio di partecipazione.

La circostanza può dirsi pacifica, non essendo stata positivamente smentita – quale accadimento materiale – dall'appellante (che sul punto si limita, in modo del tutto generico, a dedurre che la non avrebbe mai dimostrato quanto sopra, senza però considerare che la circostanza era stata già positivamente riscontrata, a seguito della denuncia, anche dalla stazione appaltante, con nota Pec2280.06/03/2017.0001453, con la quale quest'ultima aveva chiarito all'Anac le ragioni della scelta discrezionale e le difficoltà operative per incompletezza della piattaforma informatica).

Al riguardo, non rileva il fatto che avessero comunque partecipato alla gara diciotto ditte, né che la s.r.l. si fosse limitata a chiedere un parere di precontenzioso all'Anac, senza poi partecipare alla gara o impugnarne il bando, né costituirsi nel primo grado di giudizio.

Quanto alla prima circostanza, la stessa è, *per tabulas*, del tutto inconferente rispetto al dato oggettivo che – contrariamente a quanto espressamente previsto nella *lex specialis* di gara – un’intera categoria di potenziali concorrenti, senza eccezione alcuna, non aveva potuto presentare le proprie offerte, in ragione di un ostacolo di natura tecnico-informatica ad essa non imputabile.

Anche gli ulteriori rilievi sono privi di pregio: da un lato, proprio l’impossibilità materiale di presentare l’offerta spiega la mancata partecipazione di s.r.l. alla gara, la quale peraltro non aveva alcun interesse ad impugnare il relativo bando, che non conteneva alcuna disposizione di carattere per lei escludente (la mancata partecipazione, come già detto, essendo imputabile ad una criticità informatica della piattaforma MEPA).

Né la circostanza che la s.r.l non si fosse costituita nel giudizio di primo grado rileva ai fini della sussistenza o meno dell’interesse pubblico al ripristino di effettive condizioni concorrenziali nella procedura di gara in esame, interesse posto a fondamento dell’impugnato provvedimento in autotutela.

Neppure può condividersi la dedotta carenza motivazionale del provvedimento di annullamento, risultando quest’ultimo sorretto da un idoneo percorso argomentativo, comprensivo anche dal rinvio *per relationem* al parere di precontenzioso dell’Anac (rinvio che, a rigore, avrebbe anche potuto soddisfare, da solo, l’onere motivazionale in capo all’amministrazione). Detto parere, del resto, a prescindere dalla sua vincolatività o meno per la stazione appaltante, assume comunque rilevanza ai fini della ricostruzione della legittimità dell’intervento in autotutela oggetto di scrutinio (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 14 maggio 2015, n. 2455). Va al riguardo confermato il principio (*ex multis*, Cons. Stato, III, 18 ottobre 2016, n. 4344; V, 29 dicembre 2009, n. 8966) per cui i vizi incidenti nella fase partecipativa di gara determinano la violazione dei principi dell’ordinamento nazionale e comunitario “*che postulano la massima partecipazione alle pubbliche gare, in condizioni di piena*

parità fra tutte le imprese idonee, ai fini dell'emersione della migliore offerta e dell'ottimale utilizzazione delle risorse pubbliche impiegate, rendendo in tal modo concreto ed attuale l'interesse pubblico generale ad un tempestivo intervento della stazione appaltante di ripristino della legalità mediante l'annullamento della procedura, a fronte di aspettative ancora molto limitate dei partecipanti alla procedura, [...] con la conseguente attenuazione dell'obbligo motivazionale per l'adozione del provvedimento di secondo grado”.

Il provvedimento impugnato aveva dunque natura doverosa e vincolata, nell'ottica di garantire il generale interesse all'apertura concorrenziale dei mercati, nonché i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va respinto nel merito delle censure ivi formulate, con conseguente reiezione – per difetto dei presupposti di legge – anche della domanda risarcitoria per equivalente formulata in via subordinata.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellantes.r.l. alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Istituto Nazionale Previdenza Sociale –, che liquida nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, ed in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO