

**IL PARERE DI PRECONTENZIOSO ANAC NON PUO' ESSERE
IMPUGNATO DALLA PARTE CHE NON ABBAIA PRESO PARTE AL
RELATIVO PROCEDIMENTO**

[TAR Lazio, sez. I-bis, 11.9.2023 n. 13711](#)

Massime (segue testo)

<< il Collegio deve premettere che, come correttamente eccepito dalla difesa erariale, l'impugnativa del parere di precontenzioso ANAC n. 33 del 25.1.2023 (successivamente recepito nella motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela adottato dal Ministero della Difesa), deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse in capo alla Campania Alimentare S.r.l.

Quest'ultima, infatti, è rimasta estranea al procedimento ex art. 211, avviato dinnanzi all'ANAC su iniziativa della ditta RICCI s.r.l., al quale ha partecipato il (solo) Ministero della Difesa producendo deduzioni difensive.

Si rammenta che ai sensi dell'abrogato art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 da applicare al caso di specie "*ratione temporis*", "*1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.*".

Si evince dunque dalla disposizione citata che il parere è vincolante soltanto "*per le parti che (vi) abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*" e che il solo "*parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa*".

Da ciò consegue che, poiché il parere non era vincolante nei confronti della società odierna ricorrente né, quindi, esso può ritenersi lesivo della sfera giuridica della

medesima, la quale è rimasta estranea al relativo procedimento, la domanda di annullamento del parere *de quo* deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse>>

Pubblicato il 11/09/2023

N. 13711/2023 REG.PROV.COLL.

N. 04374/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4374 del 2023, proposto da: Campania Alimentare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del RTI con la società Petrazzuolo Alfonso e Gennaro S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Ministero della Difesa – Aeronautica Militare, in persona del Ministro p.t., Consip S.p.a., ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ricci S.r.l. Forniture Alimentari, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- a) del provvedimento M_D ARM086 0014072 – 2023 del 15.2.2023 con cui è stato disposto l'annullamento in autotutela della procedura della procedura aperta predisposta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 art. 55 attraverso il Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) di CONSIP S.p.A per la conclusione di un Accordo Quadro per il triennio 2023-2025 avente per oggetto la fornitura con carattere di somministrazione di generi alimentari per il confezionamento del vitto presso vari E/D/R dell'A.M. su cui basare la stipula dei discendenti atti di adesione in spesa delegata;
- b) della nota prot. M_D ARM086 REG2023 0002173 del 16.2.2023 con cui è stato comunicato l'intervenuto annullamento in autotutela della procedura di gara;
- c) del parere precontenzioso ANAC n. 33 del 25.1.2023;
- d) di tutti i documenti con cui l'Amministrazione ha deciso di conformarsi al detto parere ANAC n. 33/2023;
- e) della comunicazione di revoca della gara pubblicata sul sito della SA in data 21.2.2023;
- f) di tutti i verbali di gara laddove hanno consentito la sospensione e l'annullamento della procedura di gara;
- g) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali nonché in via subordinata per l'accertamento del diritto del ricorrente al risarcimento del danno patito a causa dell'illegittimo annullamento in autotutela della lex specialis.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e di Consip Spa e di ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2023 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina a contrarre del 5 ottobre 2022, l'Ufficio Generale - Centro di Responsabilità Amministrativa dell'Aeronautica Militare avviava la procedura ristretta preordinata alla fornitura di generi alimentari per il confezionamento del vitto presso vari enti dell'A.M, suddivisa in otto lotti territoriali del valore complessivo di Euro 32.884.615,38, da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo, con scadenza del termine per la presentazione offerte fissata al 9 novembre 2022.

In data 20 ottobre 2022 veniva inviata agli operatori la lettera di invito.

Pervenivano offerte per tutti i lotti, tranne che per il lotto relativo alla fornitura per gli enti di Sicilia e Sardegna.

Con i chiarimenti del 28.10.2022 e del 3.11.2022 la S.A. specificava che il concorrente era tenuto ad indicare lo sconto unico percentuale sul valore complessivo del lotto di riferimento e ad applicare lo sconto unico ai prezzi unitari dei prodotti.

In data 21 novembre 2022, l'operatore economico RICCI S.r.l. (che, sebbene invitato, non aveva poi presentato alcuna offerta) depositava presso l'ANAC istanza di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nella quale censurava la scelta operata dall'Amministrazione aggiudicatrice di chiedere ai concorrenti di formulare un unico ribasso percentuale, senza tuttavia indicare una stima delle quantità di fornitura preventivate per ciascuna tipologia di alimenti.

Ciò avrebbe impedito, secondo la ditta Ricci, la formulazione di un'offerta consapevole.

In data 30 novembre 2022, nell'ambito dell'instaurato procedimento ex art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016, l'ANAC invitava la Stazione appaltante a depositare memorie sui rilievi critici sollevati dalla Ricci S.r.l., esortando altresì a non porre in essere "atti pregiudizievoli" ai fini della risoluzione della controversia, fino al rilascio del parere. La S.A. versava nel procedimento dinnanzi all'Autorità apposita memoria difensiva con la quale contestava i rilievi della società istante ma anticipava, tuttavia, l'intenzione di conformarsi al parere che sarebbe stato emesso dall'Autorità.

Conseguentemente, la Commissione di gara disponeva la sospensione della procedura in attesa del parere ANAC.

Nelle more, mentre erano già state aperte le "buste amministrative", le buste telematiche contenenti le offerte economiche non venivano aperte, a garanzia di tutti gli operatori concorrenti, in ossequio ai principi di cui all'art. 30, comma 1, D.lgs. 50/2016.

Quindi, in data 25 gennaio 2023, l'ANAC, emetteva parere motivato nel quale, anche tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (sentenza 17 giugno 2021, causa C-23/20), riteneva che:

- la stima del fabbisogno di ciascuna macro-categoria di generi alimentari da fornire, effettuata dalla S.A. mediante indicazione della sola incidenza percentuale sul totale non era sufficientemente dettagliata e, pertanto, non appariva idonea a consentire agli operatori economici di formulare offerte consapevoli;
- era necessario fornire ai concorrenti almeno una stima presunta delle quantità dei diversi alimenti, anche sulla base delle precedenti esperienze di fornitura aventi analogo oggetto; su questo stesso punto l'ANAC affermava che la carente indicazione delle quantità incideva sulla corretta applicazione del principio di trasparenza amministrativa e su quello di buona fede nella formazione del

contratto, in quanto impediva una completa analisi, da parte degli offerenti, delle prestazioni poste in gara, inficiando, in tal modo, la formulazione dell'offerta.

Alla luce delle predette evidenze correlate all'ordinato sviluppo della procedura concorsuale, la S.A., preso atto del predetto parere ANAC, procedeva, con la determina M_D ARM086 0014072 – 2023 del 15.2.2023, all'annullamento della procedura di gara in via di autotutela ex art. 21-novies, L. 241/1990.

Di ciò veniva formale comunicazione a tutte la parti coinvolte.

Veniva altresì inviato all'Autorità il modulo di comunicazione di adeguamento al parere ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, del Regolamento ANAC in materia di pareri di precontenzioso.

2. Con ricorso al Tar del Lazio notificato in data 9.3.2023 (e depositato in pari data), Campania Alimentare s.r.l., in proprio e quale mandataria del RTI costituendo con la società Petrazzuolo Alfonso e Gennaro srl, ha promosso il presente giudizio, chiedendo a questo TAR, in particolare, l'annullamento:

- del provvedimento M_D ARM086 0014072 – 2023 del 15.2.2023 con cui è stato disposto l'annullamento in autotutela della procedura di gara;
- della nota prot. M_D ARM086 REG2023 0002173 del 16.2.2023 con cui è stato comunicato l'intervenuto annullamento in autotutela della procedura di gara;
- del parere precontenzioso ANAC n. 33 del 25.1.2023;
- degli ulteriori atti della procedura di affidamento meglio in epigrafe specificati.

Vengono di seguito esposti, sinteticamente, i motivi di ricorso.

1) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21-novies L 241/1990; art. 211 d.lgs. 50/2016 - art. 97 Cost.). Violazione dell'art. 7 del Regolamento ANAC in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022. Difetto di motivazione e di istruttoria. Correttezza della lex specialis. Illegittimità del parere precontenzioso ANAC n. 33/2023.

Parte ricorrente denuncia l'illegittimità della motivazione della revoca del bando in quanto derivante dall'illegittimità del presupposto parere ANAC che non ha valutato e debitamente considerato che la società istante RICCI srl in realtà non aveva partecipato alla procedura di gara. In assenza di una domanda di partecipazione non si configurerebbe alcuna legittimazione a ricorrere per l'annullamento del bando per carenza di un interesse differenziato legittimante e tale carenza investirebbe, allo stesso modo, anche la legittimazione dell'impresa rimasta fuori dalla gara a proporre istanza di precontenzioso all'ANAC ai sensi dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016. L'istanza della Ricci S.r.l. doveva essere dunque dichiarata semplicemente inammissibile in quanto proposta da un soggetto che non aveva partecipato alla procedura di gara nonostante ciò fosse tranquillamente possibile (non è stata provata, infatti, la presenza di clausole immediatamente escludenti).

Da ciò consegue l'illegittimità del parere di precontenzioso ANAC e, in via derivata, del provvedimento di annullamento della procedura di affidamento impugnato che lo ha recepito acriticamente.

2) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21 nonies L 241/1990; art. 97 Cost.). Difetto di motivazione e di istruttoria. Illegittimità del parere precontenzioso ANAC n. 33/2023 e inconferenza del dato quantitativo rispetto al dato economico.

La criticità riscontrata dall'Autorità consiste nella circostanza per cui il calcolo indicativo stimato delle quantità massime da fornire di ciascun prodotto è stato sostituito dall'indicazione dell'incidenza percentuale presunta delle n. 17 macro-categorie merceologiche (contenenti, nel complesso, 613 diversi prodotti alimentari) sull'importo complessivo.

In particolare l'Allegato 2 - Annesso A (Composizione lotto), indicava con apposita Tabella, in relazione a ciascun genere di alimenti, l'incidenza percentuale del genere sul montante contrattuale annuo. Ad esempio, rispetto al Lotto 2 il

concorrente è stato messo al corrente che rispetto alle carni fresche, per garantire il fabbisogno dell'Amministrazione, avrebbe dovuto investire da Capitolato Euro 975.184.13 (19,19% di Euro 5.081.730,77), salvo eventuali ribassi formulati in sede di offerta.

Di fronte a dati così chiaramente desumibili, sarebbe irragionevole l'argomento dell'ANAC secondo cui l'Amministrazione avrebbe dovuto indicare, per ciascun alimento la quantità stimata da fornire (visto anche l'enorme numero di alimenti componenti ciascun paniere alimentare).

Parte ricorrente cita diverse anteriori procedure di gara per la fornitura di derrate alimentari (anche non in ambito Difesa), tutte conclusesi con il conseguimento dell'appalto da parte dell'impresa aggiudicataria, nelle quali non sono state determinate le quantità stimate del singolo prodotto da fornire ma è stato indicato il solo valore stimato dell'affidamento.

Ciò confermerebbe l'erroneità delle conclusioni contenute nel parere ANAC e del pedissequo provvedimento di annullamento della procedura di gara da parte del Ministero della Difesa.

3) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21 nonies L 241/1990; art. 54 d.lgs. 50/2016; art. 97 Cost.). Difetto di motivazione e di istruttoria. Correttezza della lex specialis. Illegittimità del parere precontenzioso ANAC 21 n. 33/2023. Inconferenza della giurisprudenza citata dall'ANAC.

Il parere precontenzioso ANAC richiamato dal Ministero richiama a supporto delle proprie conclusioni la sentenza n. 127/2020 del CGARS.

Ad avviso di parte ricorrente tale richiamo sarebbe del tutto inconferente in quanto la procedura di gara esaminata dal CGARS riguardava l'affidamento di un servizio (ben diverso da quello per cui è causa) di ristorazione in favore delle aziende del Servizio Sanitario della Sicilia, non la mera fornitura di derrate alimentari. Nella stessa sentenza citata, peraltro, si legge, conformemente alla tesi

sostenuta dalla società ricorrente nella presente causa, che la fissazione dell'importo massimo rende legittima la *lex specialis*, in quanto predetermina in maniera chiara il limite quantitativo dello sforzo organizzativo, che potrà essere richiesto al fornitore, il quale, in quanto aggiudicatario di un accordo quadro e non di un ordinario appalto, non può pretendere una precisa determinazione delle entità degli ordinativi. È infatti insito nella natura dell'affidamento di un Accordo Quadro un margine di incertezza relativo all'effettivo fabbisogno dell'Amministrazione, incertezza che determina l'illegittimità della procedura solo se essa coinvolge il valore economico della commessa, essendo il dato relativo alla quantità da fornire meramente facoltativo. Viceversa la quantità dei singoli alimenti attiene all'alea della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica e non alla legittimità o meno dell'affidamento.

4) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21 nonies L 241/1990; art. 97 Cost.). Difetto di motivazione e di istruttoria. Correttezza della lex specialis Illegittimità del parere precontenzioso ANAC n. 33/2023.*

La possibilità di poter formulare offerte consapevoli sulla base dell'impostazione del bando di gara è confermata dal fatto che la ricorrente ha partecipato a 6 degli otto lotti in gara.

5) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21 nonies L 241/1990; art. 97 Cost.).*

È noto che nei procedimenti di gara per la scelta del contraente, le Amministrazioni conservano il potere di annullare in via di autotutela la procedura, incontrando, tuttavia, un limite insuperabile nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e nella tutela dell'affidamento ingenerato, limite che sarebbe stato nella specie superato.

6) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 21 nonies L 241/1990; art. 97 Cost.) – Sul mancato bilanciamento di interessi.*

Nella procedura in esame sarebbe del tutto mancata una valutazione della posizione dei concorrenti che avevano formulato una domanda di partecipazione, investendo risorse economiche ed umane per la redazione delle offerte. L'Amministrazione non ha affatto valorizzato l'impegno del RTI ricorrente nel predisporre l'offerta per ben 6 su 8 Lotti né ha valutato l'affidamento ingenerato in capo allo stesso sulla possibilità di conseguire il provvedimento di aggiudicazione. Inoltre, la S.A. non ha neppure considerato che il ricorrente è anche l'attuale fornitore relativamente al Lotto 1 ed ha più volte chiesto una revisione dei prezzi pattuiti perché insufficienti per affrontare i rincari degli ultimi anni, istanze denegate e sfociate nel distinto giudizio pendente dinanzi a questo TAR (n. RG, 11911/2022).

7) *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.*

Il provvedimento di annullamento in autotutela della procedura di gara non è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

8) *Violazione del principio del "contrarius actus".*

Il Ministero ha deciso di affidare l'Accordo Quadro per la fornitura di derrate alimentari delegando l'espletamento della procedura alla CONSIP. Basti pensare che è la CONSIP a dover ammettere gli operatori economici a formulare un'offerta (cfr. pag 5 CSA), così com'è la CONSIP a dover espletare la fase di verifica dei requisiti (cfr. pag. 14 CSA) ed è sempre la CONSIP ad aver predisposto la documentazione di gara. Ne consegue che secondo il principio del *contrarius actus* l'annullamento in autotutela della procedura doveva essere disposto dalla CONSIP stessa e non dal Ministero.

9) *In via subordinata:* parte ricorrente, nel denegato caso di mancato accoglimento della domanda di annullamento degli atti impugnati, avanza domanda di risarcimento del danno economico subito in conseguenza della violazione di legge (art. 1, comma 1 e comma 2-bis, L 241/1990) e della violazione dei principi di

buona fede e legittimo affidamento, dai quali deriva la responsabilità precontrattuale della P.A.

10) Con il “motivo” sub 10 parte ricorrente si limita a rappresentare che, nonostante il termine impiegato dall'Amministrazione (“*revoca della gara*”), nella specie si discute, in realtà, di un “*annullamento*” in autotutela.

3. Si è costituito in giudizio in data 14.3.2023 il Ministero della Difesa che ha prodotto ampia memoria difensiva volta a confutare i diversi argomenti esposti nel gravame.

4. Con ordinanza n. 1713 del 24.3.2023 il Collegio ha respinto la domanda cautelare proposta da Campania Alimentare s.r.l. così motivando:

“non appare apprezzabile, nella specie, un effettivo pregiudizio grave e irreparabile allegato dalla società ricorrente la quale è la fornitrice uscente e sta continuando a svolgere, attualmente, alle condizioni precedentemente contratte, il servizio di somministrazione di generi alimentari in favore dell'Aeronautica Militare; [...] per la stessa natura dell'atto impugnato (annullamento della procedura aperta già predisposta, con prospettiva di imminente indizione di una nuova gara diversamente modulata) non vi è, al momento, alcun pericolo di aggiudicazione ad altre imprese concorrenti”.

5. In vista dell'udienza di merito hanno prodotto memorie conclusionali e, successivamente, note di replica sia la Campania Alimentare S.r.l. che il Ministero della Difesa.

All'udienza del 7 giugno 2023 il difensore di parte ricorrente ha formulato istanza di rinvio prospettando il deposito di atto di motivi aggiunti al separato ricorso (pendente dinnanzi a questo stesso TAR) avverso l'atto di aggiudicazione, intervenuto nelle more, a conclusione della nuova procedura di affidamento indetta dal Ministero resistente dopo l'annullamento della gara per cui è causa.

Nella nuova udienza del 21 luglio 2023, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Venendo all'esame del ricorso e, in particolare, del primo motivo, il Collegio deve premettere che, come correttamente eccepito dalla difesa erariale, l'impugnativa del parere di precontenzioso ANAC n. 33 del 25.1.2023 (successivamente recepito nella motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela adottato dal Ministero della Difesa), deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse in capo alla Campania Alimentare S.r.l.

Quest'ultima, infatti, è rimasta estranea al procedimento ex art. 211, avviato dinnanzi all'ANAC su iniziativa della ditta RICCI s.r.l., al quale ha partecipato il (solo) Ministero della Difesa producendo deduzioni difensive.

Si rammenta che ai sensi dell'abrogato art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 da applicare al caso di specie "ratione temporis", "1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo."

Si evince dunque dalla disposizione citata che il parere è vincolante soltanto "per le parti che (vi) abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito" e che il solo "parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa".

Da ciò consegue che, poiché il parere non era vincolante nei confronti della società odierna ricorrente né, quindi, esso può ritenersi lesivo della sfera giuridica della medesima, la quale è rimasta estranea al relativo procedimento, la domanda di annullamento del parere *de quo* deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse.

Tale conclusione investe la stessa censura afferente all'asserito difetto di legittimazione della società RICCI s.r.l. a richiedere il parere, trattandosi di vizio endo-procedimentale del procedimento precontenzioso dinnanzi all'ANAC il quale non rileva in sé stesso ma solo in quanto viziante lo stesso parere di precontenzioso (non lesivo, di per sé, dell'interesse della ricorrente).

Il Collegio, in ogni caso, rileva che l'operatore economico RICCI non poteva essere ritenuto, rispetto alla procedura di affidamento indetta dall'Aeronautica Militare, soggetto privo di una propria posizione differenziata e qualificata. Al contrario, lo stesso operatore era stato in realtà invitato a presentare l'offerta ed era stato ammesso a partecipare per la categoria merceologica oggetto del contratto.

Tale circostanza lo ha reso titolare di una posizione differenziata e qualificata, tenuto anche conto della appartenenza della citata società al settore di riferimento della gara e della consolidata giurisprudenza secondo la quale l'incertezza delle clausole del bando, laddove sia tale da non consentire la formulazione di un'offerta consapevole da parte delle ditte aspiranti, legittima all'impugnativa immediata gli operatori economici che non abbiano partecipato alla gara (cfr. Cons. Stato, III, 11 marzo 2021, n. 2093).

Argomento che può estendersi alla legittimazione alla presentazione di una istanza di parere all'ANAC ex art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016.

Deve pertanto respingersi il primo motivo.

7. Sui motivi secondo e terzo - che possono esaminarsi congiuntamente in quanto entrambi volti a denunciare un presunto difetto di motivazione e di istruttoria e ad affermare l'irrilevanza del dettaglio dei quantitativi dei singoli articoli alimentari i fini della formulazione di offerte serie e consapevoli da parte dei potenziali concorrenti - il Collegio svolge le seguenti considerazioni.

L'Accordo Quadro per cui è causa, ripartito per vari lotti, concerne la futura esecuzione di forniture di generi alimentari per il confezionamento del vitto a

beneficio di molti enti dell'Aeronautica militare, per la durata di un triennio, con previsione dell'approvvigionamento di ben 613 diversi prodotti alimentari raggruppati in 17 macro-categorie.

L'importo triennale stimato dell'intero Accordo Quadro ammonta ad euro 34.200.000.

Di fronte ad un impegno contrattuale così importante e articolato appare giustificato, sul piano della motivazione e del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, che l'Amministrazione, dopo più attenta valutazione della "lex specialis" in precedenza configurata, abbia ritenuto necessario consentire alle ditte interessate di poter formulare offerte più informate e consapevoli, che non dovevano essere rimesse a complessi calcoli e ipotesi a carico dei singoli partecipanti.

Di fronte a forniture di derrate alimentari con prezzi unitari molto diversi anche all'interno della medesima macro-categoria merceologica (si pensi, ad es., alle diverse tipologie di "carni fresche" ed alle notevoli diversità di prezzo tra le une e le altre) non è irrilevante conoscere (almeno presuntivamente) la quantità necessaria di un prodotto rispetto ad un altro.

A seguito dei rilievi critici dell'ANAC l'Amministrazione militare ha rivalutato le specificità della procedura concorsuale e del suo oggetto ed è pervenuta alla seguente conclusione, con chiarezza esposta nella motivazione del provvedimento del 15.2.2023, con cui è stato disposto l'annullamento in autotutela della procedura di gara aperta predisposta ai sensi dell'art. 55 d.lgs. n. 50 del 2016: *"Considerato che, nel caso di specie, il calcolo indicativo stimato delle quantità è stato sostituito dall'indicazione dell'incidenza percentuale presunta delle 17 macrocategorie merceologiche (contenenti, nel complesso, 613 prodotti alimentari) sull'importo complessivo; [...] Ritenuto che, nel caso di specie, l'indicazione dell'incidenza percentuale delle macrocategorie alimentari sul totale appare troppo poco dettagliata in quanto le suddette categorie comprendono un elevato numero di prodotti*

di cui, appunto, non si rinviene alcuna quantificazione almeno stimata, e ciò non sembra consentire agli operatori economici un'adeguata ponderazione al fine di formulare offerte consapevoli; [...] Ritenuto che il criterio utilizzato dalla S.A. non appare idoneo a ridurre ad un livello ragionevole i margini di rischio imprenditoriale, e quindi appare necessario fornire ai concorrenti almeno una stima presunta delle quantità di fabbisogno della S.A., sulla base anche delle precedenti esperienze”.

Quanto precede è conforme al parere ANAC secondo cui - a fronte di un contratto quadro del predetto importo triennale stimato in ben 34.200.000 euro - *“la carente indicazione delle quantità incide sulla corretta applicazione del principio di trasparenza amministrativa e su quello della buona fede nella formazione del contratto”.*

Risponde in effetti a nozioni economiche largamente note che la possibilità di poter praticare uno sconto percentuale più o meno ampio sul prezzo unitario di un qualsiasi bene-merce dipende, tra l'altro, dalla quantità complessiva di tale merce (seppur presunta, stimata) che dovrà essere fornita, corrispondendo a scale quantitative più elevate la possibilità di ottenere prezzi migliori, per l'impresa, dai propri fornitori.

Per quanto precede, apparendo la scelta dell'Amministrazione, adeguatamente motivata e intellegibile sul punto, i motivi esaminati vanno respinti.

8. Con il quarto motivo, come esposto, la società ricorrente sottolinea che l'impossibilità per gli operatori economici di formulare un'offerta consapevole sarebbe smentita dalla partecipazione della ricorrente a 6 lotti sui complessivi 8 oggetto del bando, circostanza che confermerebbe la piena possibilità di formulare offerte sulla base dei dati esposti nella documentazione di gara.

Osserva il Collegio che, oltre ai due lotti andati deserti (circostanza già di per sé sintomatica della difficoltà incontrata dalle diverse imprese invitate nel valutare la convenienza e, prima ancora, la sostenibilità delle forniture da eseguire), ben

cinque dei restanti sei lotti hanno visto la partecipazione della sola Campania Alimentare (in costituendo RTI con Petrazzuolo Alfonso e Gennaro s.r.l.).

Invero una partecipazione così esigua alla gara, al contrario di quanto assume parte ricorrente, non può certo ritenersi indicativa della adeguatezza informativa del bando.

Al contrario deve ritenersi che, quale fornitore uscente, la sola Campania Alimentare ha potuto disporre di elementi di cognizione della commessa tali da consentirle di ponderare con maggiore consapevolezza le proprie offerte, diversamente da altre ditte aspiranti che tali elementi non potevano conoscere.

Il motivo, pertanto, è da ritenere infondato.

9. I motivi quinto e sesto (v. *supra*) si incentrano sulla considerazione che l'esercizio del potere di autotutela ex art. 21-nonies Legge n. 241/90 sarebbe avvenuto senza il supporto un sufficiente apparato motivazionale e senza l'adeguata considerazione degli interessi dell'impresa partecipante alla procedura, in quanto non si sarebbe provveduto in alcun modo a vagliare l'affidamento che era stato ingenerato nella stessa impresa dall'attività amministrativa fino a quel momento intrapresa.

Si osserva al riguardo che, una volta acquisita dall'ANAC l'informativa relativa all'avvio del procedimento ex art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016, il Ministero resistente ha immediatamente sospeso la procedura comparativo-selettiva in corso la quale, in quel momento, era pervenuta soltanto alla fase dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa a comprova del possesso dei requisiti, senza che fossero state ancora aperte le offerte economiche presentate (offerte che in effetti non sono state mai aperte né esaminate dal seggio di gara, in ragione del parallelo svolgersi del procedimento ex art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 dinnanzi all'ANAC e, quindi, dell'esito di esso).

E' noto che, secondo la "*communis opinio*", in una fase così anticipata della procedura di affidamento la discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice nell'esercizio del proprio potere di revoca (ex art. 21-quinquies L. n. 241/90) o annullamento (ex art. 21-nonies) dell'intera procedura è assai ampia poiché si confronta con interessi delle imprese partecipanti che, oltre ad essere di natura (ancora) meramente "*partecipativa*" (e non "*finale*"), non si sono ancora consolidati né risultano tali da poter configurare un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione della procedura con aggiudicazione del contratto.

Nella specie tale ampia discrezionalità è stata poi indirizzata verso l'annullamento della gara dal parere ANAC che, come detto, "*obbliga le parti che [come nella specie la Stazione Appaltante] abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*" (art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2011).

Mediante l'ampia menzione della delibera ANAC del 25 gennaio 2023, n. 33, prec. 171/2022/F – fasc. ANAC 5182/2022, la motivazione del provvedimento di autotutela appare adeguata e perspicua e si fonda sulla "*circostanza per cui l'indicazione della incidenza percentuale delle macro categorie di 613 prodotti alimentari non è sufficiente a consentire agli operatori di formulare un'offerta idonea*"; il Ministero della Difesa ha altresì sottolineato che l'Autorità, a sostegno di quanto ritenuto, richiama anche giurisprudenza nazionale (C.G.A. n. 127/2020) e della Corte di Giustizia Europea, secondo cui "*il bando di gara deve indicare la quantità e/o il valore stimato nonché una quantità e/o un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro*" (Sent. 17 giugno 2021, causa C-23/20); conseguentemente, nel dispositivo della Delibera sopra menzionata viene statuito che : "*l'indicazione (nel bando di gara) dell'incidenza percentuale delle macro categorie di prodotti alimentari sul totale risulta troppo poco dettagliata per consentire agli operatori di formulare offerte consapevoli*", di tal che, "*appare necessario fornire ai concorrenti almeno una stima presunta delle quantità, sulla base anche delle precedenti esperienze*"; dalla decisione di ANAC si ricava la massima, ivi esplicitata, per cui "*la carente indicazione delle quantità incide*

sulla corretta applicazione del principio di trasparenza amministrativa e su quello di buona fede nella formazione del contratto, in quanto impedisce una completa analisi da parte degli offerenti nell'e prestazioni poste in gara, inficiando, in tal modo, la formulazione dell'offerta".

In questo quadro il Centro di Responsabilità Amministrativa dell'Aeronautica Militare ha ritenuto, mediante l'annullamento della procedura di affidamento già indetta e la successiva riscrittura della legge di gara sul punto controverso, di conformarsi anche ai principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni dettati dall'art. 30, comma 1, D.lgs. 50/2016, secondo il quale nell'affidamento di appalti e concessioni le stazioni appaltanti, oltre a garantire economicità, efficacia, tempestività e correttezza, devono rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, *"cui questo Ufficio Generale deve attenersi scrupolosamente"*.

Non si ravvisano, pertanto, né le lacune motivazionali dedotte da parte ricorrente, né (considerata la fase embrionale della procedura e la rapidità della soluzione demolitoria assunta dalla P.A.) la lamentata lesione di alcun presunto affidamento alla positiva conclusione della gara, riferita ai diversi lotti di interesse della ricorrente.

10. Sul settimo motivo (omessa comunicazione alla ricorrente, partecipante alla procedura di affidamento, dell'avvio del procedimento di autotutela) il Collegio rileva che, secondo la giurisprudenza consolidata, *"il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di una gara pubblica (...) richiede la comunicazione di avvio del procedimento a tutti coloro che hanno partecipato alla gara pubblica ed in primis a chi se l'è aggiudicata; nondimeno, ai sensi dell'art. 21-octies L. 7 agosto 1990 n. 241, il vizio comunicativo e partecipativo non inficia la validità dell'atto se per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e, comunque, in caso di provvedimenti discrezionali, se l'Amministrazione dimostra in giudizio che il contenuto del provvedimento, quand'anche la*

partecipazione vi fosse stata, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” (Consiglio di Stato sez. IV, 12/03/2015, n.1279).

In effetti, la disamina delle censure ricorsuali sopra passate in rassegna induce il Collegio a ritenere che, in uno stadio ancora embrionale della procedura di affidamento, quale quello considerato nella fattispecie, il carattere vincolante del parere ANAC insieme alla adeguatezza motivazionale del provvedimento rendevano superflua e, in ogni caso, non decisiva la comunicazione di avvio del procedimento alla Campania Alimentare (mera partecipante alla gara e non aggiudicataria di essa) ai fini di un diverso (indimostrato) possibile esito del procedimento di riesame in autotutela ex art. 21-nonies.

Anche il motivo in disamina va pertanto respinto.

11. Con l’ottavo motivo, come visto, la società ricorrente deduce la violazione del principio del “*contrarius actus*” deducendo che l’annullamento d’ufficio doveva essere disposto dalla CONSIP e non dal Ministero della Difesa, poiché sarebbe stata la prima ad ammettere gli operatori alla presentazione delle offerte e ad espletare la fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara.

La censura appare del tutto infondata.

Com’è noto la CONSIP è la società, interamente controllata dal MEF, che svolge le funzioni di centrale nazionale di acquisto per le pubbliche Amministrazioni. Essa, tra gli altri suoi compiti, registra le Stazioni Appaltanti e gli operatori economici mettendo a loro disposizione il portale informatico da essa gestito, gli Strumenti di Acquisto e Negoziazione previsti dalla normativa vigente, tra cui il MEPA, lo SDAPA, le Convenzioni Quadro stipulate da CONSIP, gli Accordi Quadro stipulati da CONSIP. Pertanto, essendo queste le sue attribuzioni, CONSIP non ha rivestito, nella specie, il ruolo di Amministrazione aggiudicatrice, ruolo assunto, viceversa, dal solo Ministero della Difesa (per la precisione dalla

Aeronautica Militare - Centro di Responsabilità Amministrativa - Ufficio Coordinamento Generale).

L'Amministrazione della Difesa, infatti, ha indetto la procedura ai sensi dell'art. 55 D.lgs. n. 50/2016 semplicemente avvalendosi del Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) della CONSIP S.p.A per la conclusione dell'Accordo Quadro per il triennio 2023-2025 *“avente per oggetto la fornitura con carattere di somministrazione di generi alimentari per il confezionamento del vitto presso vari E/D/R dell'Aeronautica Militare su cui basare la stipula dei discendenti atti di adesione in spesa delegata - SIMOG 8749667”* (vedi comunicazione della revoca della gara, doc. 3 ric.). Per tale ragione CONSIP non può considerarsi soggetto legittimato a disporre in autotutela l'annullamento oggetto di causa.

12. Parimenti da respingere è la domanda di risarcimento dei danni economici di varia natura avanzata in via subordinata dalla società ricorrente, in quanto non può ritenersi perfezionata la fattispecie risarcitoria, stante la mancanza di uno degli elementi essenziali di essa costituito dal provvedimento illegittimo generatore del danno.

Anche ove si voglia estendere l'ambito visuale ai comportamenti non provvedimentali tenuti da parte resistente non si ravvisano nella vicenda di causa (come sopra esposta) elementi di illegittimità stante la sostanziale correttezza dell'azione compiuta dal competente Organo dell'Aeronautica Militare che ha prontamente sospeso la procedura (evitando l'apertura delle offerte) non appena raggiunta dalla comunicazione dell'ANAC relativa all'apertura del procedimento ex art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 su istanza della RICCI S.r.l., anticipando la propria volontà di aderire al parere che l'Autorità stessa avrebbe poi emesso.

Il provvedimento di annullamento è stato poi tempestivamente adottato dall'Amministrazione non appena la stessa ha avuto la comunicazione del parere (vincolante) dell'ANAC.

Non sono evincibili, quindi, nella condotta complessivamente tenuta dall'Amministrazione atti e/o omissioni e/o ritardi che possano avere compromesso il rispetto dei principi di buona fede e affidamento invocati da Campania Alimentare S.r.l.

Deve pertanto escludersi in radice la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A.

13. Quanto al “motivo” n. 10 esso integra in realtà una mera precisazione terminologica e formale (il provvedimento impugnato è in effetti un atto di annullamento in autotutela e non di revoca ex art. 21-quinquies Legge n. 241/90) la quale non sposta i termini sostanziali delle questioni sopra trattate.

14. Conclusivamente, stante l'infondatezza di tutti i motivi proposti, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite, secondo la regola della soccombenza, devono essere poste a carico di parte ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente Campania Alimentare S.r.l. alla refusione delle spese processuali in favore del Ministero della Difesa che liquida in complessivi Euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri tutti di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Claudio Vallorani, Consigliere, Estensore

Domenico De Martino, Referendario

L'ESTENSORE
Claudio Vallorani

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO