

ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELL'AGGIUDICAZIONE: SI APPLICANO I LIMITI TEMPORALI DELL'ART. 21-NONIES DELLA LEGGE 241

TAR Campania, Salerno, sez. I, 17.6.2024 n.
1304

Publicato il 17/06/2024

N. 01304/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00117/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 117 del 2024, proposto dal Consorzio Stabile Artemide e dalla C.G. Costruzioni s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8763750B46, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria “San Giovanni di Dio e Ruggi D’Aragona”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'avvocata Eva Anzalone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cicalese Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Ss. Martiri Salernitani, 31;

per l'annullamento, previa sospensione

- della deliberazione n. 303 del 16 novembre 2023 del Direttore Generale dell’Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni di Dio e Ruggi d’Aragona - trasmessa al R.T.I. ricorrente con pec del 14.12.2023 del Direttore UOC ATM dell’Azienda Ospedaliero, con la quale è stato approvato il verbale della Commissione di valutazione della gara n. 8 del 30.5.2023, disposta l’esclusione del R.T.I. ricorrente dalla gara per l’affidamento dei “Lavori di adeguamento normativo e funzionale del blocco operatorio del Plesso Ospedaliero Ruggi di Salerno”, annullata la deliberazione n. 362 del 23.5.202, di aggiudicazione della predetta gara al R.T.I. ricorrente e aggiudicata la gara alla soc. Cicalese Impianti s.r.l.;
- del verbale della Commissione di valutazione della gara n. 8 del 30.5.2023, col quale, su richiesta della controinteressata, ha affermato la “irregolarità nella formulazione dell’offerta economica da parte del concorrente RTI Consorzio Stabile Artemide – G.C. Costruzioni s.r.l., non sanabile mediante soccorso istruttorio” e che esso dovesse essere escluso dalla gara;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compreso, ove occorra, l’atto del 22.5.2023 con il quale il RUP ha chiesto alla Commissione di gara di riesaminare l’avvenuta aggiudicazione della stessa, l’atto di comunicazione alla soc.

Cicalese Impianti s.r.l. dell'aggiudicazione della gara, la proposta del Direttore UOC ATM, e eventuali ulteriori atti istruttori;

- nonché, ove occorra e per quanto di interesse, del disciplinare di gara relativo all'appalto in parola, e della relativa determina di approvazione, nella parte in cui al paragrafo 18.2 (pag. 43), dovesse sanzionare, con l'esclusione dalla gara, la mancata indicazione nei computi metrici dei prezzi delle lavorazioni offerte gratuitamente dai concorrenti e/o impedire di offrire gratuitamente delle lavorazioni; nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto di appalto ove nelle more stipulato tra la stazione appaltante e la soc. Cicalese Impianti s.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "San Giovanni di Dio e Ruggi D'Aragona" e della Cicalese Impianti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 il dott. Raffaele Esposito 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 ricorso notificato il 13 gennaio 2024 e depositato il 22 gennaio 2024, il RTI ricorrente impugna il provvedimento n. 303 del 16 novembre 2023 con cui l'Azienda Ospedaliera Universitaria "San Giovanni di Dio e Ruggi d'Aragona", nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dei "lavori di adeguamento normativo e funzionale del blocco operatorio del Plesso Ospedaliero Ruggi di Salerno" (di importo complessivo pari a euro 7.577.523,97), ha annullato il precedente

provvedimento di aggiudicazione n. 362 del 23 maggio 2022 di cui era destinatario e disposto una nuova aggiudicazione nei confronti della controinteressata.

Il ricorrente aveva conseguito un punteggio di 76,15 punti, di cui 51,20 punti per l'offerta tecnica e 24,95 punti per l'offerta economica, con un ribasso del 25,553 per cento e un'offerta economica pari a euro 5.493.263,51; la controinteressata aveva invece conseguito un punteggio di 73,66 punti, di cui 58,30 punti per l'offerta tecnica e 15,36 punti per l'offerta economica, con un ribasso del 32,179 per cento e un'offerta economica pari a euro 6.678.865,11.

2. Il ricorrente, a seguito del lungo lasso di tempo trascorso dall'aggiudicazione già disposta nei suoi confronti, con nota dell'8 giugno 2023 aveva invitato la Stazione appaltante alla stipula del contratto.

Tuttavia, con precedente nota del 11 maggio 2023, la controinteressata, seconda classificata nell'ambito della procedura, aveva sollecitato l'Amministrazione ad annullare in autotutela la predetta aggiudicazione e a escludere il ricorrente; il successivo 22 maggio 2023, il RUP aveva chiesto alla Commissione di gara di valutare la predetta istanza e la Commissione, con verbale n. 8 del 30 maggio 2023, aveva confermato la fondatezza della segnalazione ed evidenziato che, in violazione del paragrafo 18.2 del disciplinare di gara e delle previsioni ivi contenute a pena di esclusione, il computo metrico estimativo (dalla voce 1014 alla voce 1041) e il computo metrico dei costi della sicurezza (dalla voce 67 alla voce 72) nonché le corrispondenti voci del quadro di raffronto, allegati all'offerta economica del ricorrente, riportavano i quantitativi ma non i prezzi unitari complessivi delle relative migliorie, con la conseguenza che il ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura.

Con il provvedimento impugnato, il direttore generale ha quindi disposto l'esclusione del ricorrente e l'aggiudicazione "in via provvisoria" della procedura alla controinteressata.

Il ricorrente, inconsapevole del provvedimento adottato, ha quindi nuovamente sollecitato la stipula del contratto in data 14 dicembre 2023; in pari data, l'Amministrazione ha comunicato il citato provvedimento.

3. Il ricorrente deduce:

- la violazione del paragrafo 18.2 del disciplinare di gara, in quanto i prezzi unitari e il prezzo complessivo di ogni singola voce delle migliorie offerte avrebbero dovuto essere indicati soltanto qualora il concorrente avesse inteso valorizzare le predette migliorie e non nel caso in cui avesse invece voluto offrirle gratuitamente, come nel caso di specie, secondo quanto desumibile dai computi metrici presentati (considerata anche la sommatoria posta a conclusione dei computi metrici);
- l'illegittimità della valutazione condotta dalla Commissione, fondata sull'errato presupposto che la mancata indicazione dei prezzi relativi alle migliorie abbia inciso sul punteggio conseguito dai concorrenti in quanto "dal momento che le suddette migliorie aggiuntive sono gratuite per la Stazione appaltante, se se ne volesse tener conto ai fini della determinazione dell'effettivo ribasso presentato dal R.T.I. ricorrente, questo sarebbe ancora maggiore per cui ancora più alta sarebbe il punteggio che avrebbe conseguito il R.T.I. ricorrente, non il contrario!!! In definitiva, la mancata indicazione nel ribasso complessivo di tali migliori aggiuntive gratuite, contrariamente a quanto affermato negli atti impugnati, ha danneggiato l'R.T.I. ricorrente e ha beneficiato a soc. Cicalese Impianti s.r.l";
- la sanabilità mediante soccorso istruttorio di tale omissione, in quanto qualora la Stazione appaltante avesse avuto dubbi sul costo delle migliorie avrebbe dovuto chiedere chiarimenti al ricorrente ai fini dell'interpretazione dell'offerta, come previsto anche dal paragrafo 15 del disciplinare di gara;
- la violazione degli artt. 7 e 21 *nomies* in quanto la ricorrente non è stato comunicato l'avvio del procedimento di annullamento del precedente provvedimento di aggiudicazione, considerato che la delibera di annullamento della precedente

aggiudicazione e di riaggiudicazione della procedura alla controinteressata è stata adottata il 16 novembre 2023, a oltre un anno dalla precedente delibera (al pari del verbale n. 8 del 30 maggio 2023), con violazione del termine perentorio annuale previsto dalla predetto art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990. Non sussiste inoltre alcun interesse pubblico all'annullamento, essendo state contestate violazioni puramente formali senza ricadute sui risultati della procedura, in quanto le omissioni indicate non hanno determinato l'attribuzione di un maggior punteggio alla ricorrente e l'offerta della ricorrente ha determinato un consistente risparmio di spesa;

- in via subordinata, l'illegittimità del paragrafo 18.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'esclusione del concorrente nel caso di mancata indicazione, nei computi metrici, di alcuni prezzi in assenza di costi per la Stazione appaltante, per violazione dell'art. 59, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 che vieta solo offerte in aumento ma non prevede l'esclusione per quelle che mancano dell'indicazione dei prezzi delle migliorie aggiuntive gratuite.

4. Con ordinanza n. 53/2024 è stata accolta la domanda cautelare.

5. Si sono successivamente costituite l'Amministrazione e la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

6. All'udienza pubblica del 22 maggio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Deve essere innanzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla controinteressata che rileva l'assenza di censure in ordine alla pur evidenziata mancanza dei prezzi unitari delle lavorazioni nell'ambito del quadro di raffronto.

Il ricorso, infatti, contesta il verbale elaborato dalla Commissione di gara e le conseguenti determinazioni assunte proprio nella parte in cui rilevano la mancanza dei prezzi unitari in relazione ad alcune voci del computo metrico estimativo, del computo metrico dei costi della sicurezza e del quadro di raffronto; al riguardo il

ricorso si focalizza sui “prezzi unitari” e sul “prezzo complessivo per ogni singola voce delle migliorie aggiuntive” ovvero su quelle voci che si assumo mancanti non soltanto nell’ambito dei computi metrici ma anche nel quadro di raffronto. Il riferimento al computo metrico e al computo metrico dei costi della sicurezza successivamente riportato non è quindi volto a una contestazione parziale del provvedimento impugnato ma a censurare il vero nucleo del motivo di esclusione, in quanto le voci non valorizzate nell’ambito del quadro di raffronto, stando al verbale della Commissione di gara, corrispondono esattamente a quelle non valorizzate nell’ambito dei citati computi metrici.

8. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto, alla luce dei profili già evidenziati in sede cautelare, non scalfiti dalle successive argomentazioni delle parti.

Occorre premettere che il provvedimento adottato dall’Amministrazione, sebbene dichiari la volontà di “aggiudicare in via provvisoria”, non può non costituire determinazione di aggiudicazione, pertanto lesiva della posizione della ricorrente, essendo già frutto di una proposta di aggiudicazione e non essendo più prevista dalla disciplina delle procedure di gara l’aggiudicazione provvisoria.

L’atto impugnato ha quindi natura provvedimentoale, intervenendo infatti in autotutela su precedenti atti aventi la medesima natura, senza che peraltro l’Amministrazione ne eccepisca la non impugnabilità.

Tuttavia, l’art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 consente l’annullamento d’ufficio del “provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, ... , sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”.

Il citato potere di autotutela demolitoria deve dunque essere esercitato entro un termine ragionevole, esattamente quantificato in dodici mesi dall’adozione dell’atto

oggetto di ritiro qualora configurabile come provvedimento attributivo di vantaggi economici, pena l'illegittimità.

Occorre inoltre osservare che i provvedimenti di aggiudicazione delle procedure di evidenza pubblica rientrano pienamente tra i provvedimenti attributivi di vantaggi economici e che, di conseguenza, gli stessi possono essere annullati d'ufficio nel termine esattamente indicato dalla norma (cfr. TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 26 maggio 2020, n. 959, confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1320, nonché TAR Campania – Napoli, Sez. VIII, 15 ottobre 2020, n. 4528).

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha provveduto al ritiro della precedente aggiudicazione (risalente al 23 maggio 2022), all'esclusione della ricorrente e alla riaggiudicazione della procedura oltre il termine previsto dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, avendo adottato il provvedimento impugnato solo il 16 novembre 2023, peraltro senza aver comunicato al ricorrente l'avvio del procedimento e senza aver valutato l'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento già adottato.

Non sussiste inoltre il vizio rilevato dal medesimo provvedimento.

Il paragrafo 18.2 del disciplinare di gara prevede che “l'offerta economica, oltre quanto contenuto nel precedente punto 18.1, dovrà comprendere: i. Computo Metrico (con prezzi al netto del ribasso offerto), che dovrà riportare le quantità di tutte le lavorazioni previste nel progetto complessivo che si andrà a realizzare (sia quelli originari non variati, sia quelli variati e/o aggiuntivi), indicando, per tutti, le dimensioni parziali che concorrono alla determinazione della quantità complessiva, con esplicito riferimento ai relativi codici di tariffa (riferiti al Prezzario Regionale utilizzato all'epoca della progettazione esecutiva) sia di quelli originari del progetto posto a base di gara e sia di quelli offerti dalla impresa partecipante, ai prezzi unitari e totali, sia per gli articoli di lavoro previsti nel progetto originario sia per quelli variati e/o aggiuntivi, pena l'esclusione dalla gara...”. Nel medesimo paragrafo è poi contenuta analoga previsione riferita al quadro di raffronto.

L'esclusione era quindi prevista per la mancata allegazione dei computi metrici o del quadro di raffronto e, al più (considerata la non chiara formulazione della *lex specialis*), per la mancata indicazione delle lavorazioni e delle relative quantità ovvero, a voler accedere all'interpretazione meno favorevole per il ricorrente, dei relativi prezzi.

Gli estratti degli allegati all'offerta economica prodotti dalle parti consentono di rilevare che per le voci controverse il ricorrente non ha integralmente omesso l'indicazione del prezzo ma ha invece indicato un prezzo pari a zero.

Il ricorrente non è quindi incorso in alcuna causa di esclusione, assolutamente non prevista per la valorizzazione delle lavorazioni con un prezzo pari a zero, ben potendo quindi il concorrente quantificare i prezzi delle singole voci secondo l'articolazione della propria proposta, anche operando compensazioni tra i prezzi indicati per alcune voci e quelli indicati per altre e fermo restando la corrispondenza del prezzo complessivo all'offerta economica; ciò risulta ancor più vero se si considera che, secondo quanto riportato nel paragrafo precedente (cfr. estratto del disciplinare prodotto dal ricorrente), si è in presenza di un appalto a corpo e non a misura e quindi alla formulazione di un'offerta economica complessiva e indipendente dal prezzo delle singole lavorazioni.

Risulta di conseguenza erroneo il rilievo formulato dall'Amministrazione in merito al contenuto degli allegati all'offerta economica presentata dal ricorrente.

Deve essere infine respinta l'argomentazione avanzata dalla controinteressata che fa decorrere il termine per l'esercizio del potere di autotutela dalla comunicazione ovvero dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione (avvenute rispettivamente l'11 aprile 2023 e l'8 marzo 2023).

In realtà l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 prevede espressamente che il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di

attribuzione di vantaggi economici decorra dal momento dell'adozione dei citati provvedimenti.

Infatti, argomentando *a contrario* sulla base dell'art. 21 *bis* della legge n. 241/1990, i provvedimenti della specie, in quanto provvedimenti favorevoli, risultano immediatamente produttivi di effetti, attribuendo una posizione di vantaggio ed essendo idonei a ingenerare nei destinatari un motivato affidamento in ragione della loro stessa esistenza (di cui i beneficiari ben potrebbero avere notizia in qualsiasi modo).

Ciò giustifica la decorrenza del termine previsto dall'art. 21 *nomies* della legge n. 241/1990 proprio dalla adozione dell'atto.

Tali considerazioni valgono anche per il provvedimento di aggiudicazione, senza dubbio provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario.

Infatti, la comunicazione e la pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione non rilevano ai fini della decorrenza del termine per l'esercizio del potere di autotutela ma ai fini della decorrenza del termine di impugnazione.

La mancata conoscenza del provvedimento, quindi, se un lato impedisce la decorrenza del termine per la proposizione dell'impugnazione, non impedisce invece il decorso del termine per l'esercizio del potere di autotutela, al fine di assicurare la stabilità, sotto tale profilo, sia degli esiti delle valutazioni compiute nell'ambito dell'attività amministrativa sia di un provvedimento che sancisce tali esiti e che risulta comunque adottato dall'Amministrazione.

A ciò si aggiunga che la condotta non corretta dell'Amministrazione, che non ha provveduto alla comunicazione del provvedimento immediatamente o comunque nei termini previsti dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, non può giovare alla stessa, consentendole il ritiro dell'atto oltre il termine previsto dalla legge; la violazione della citata disposizione, infatti, permetterebbe al soggetto pubblico di beneficiare di un termine per l'esercizio del potere di autotutela sostanzialmente più lungo rispetto a

quello previsto. Ammettere che il termine per l'esercizio del potere di autotutela decorra dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione consentirebbe alla parte pubblica, incerta sulla sorte della procedura, di adottare il provvedimento, di non comunicarlo ai partecipanti e di riservarsi in ogni momento di ritirarlo, con conseguente compromissione delle esigenze di certezza (anche interna) e correttezza (in termini di trasparenza e linearità) dell'attività amministrativa.

Occorre poi considerare che il ricorrente afferma (senza che sul punto risultino contestazioni delle parti) che “tardando la stipula del contratto il R.T.I. ricorrente, essendo decorso oltre un anno dall'aggiudicazione, con missiva datata giugno 2023, ha invitato la Stazione Appaltante a disporre la stipula del contratto”; la parte ha quindi avuto notizia dell'aggiudicazione ben prima della comunicazione del provvedimento alla controinteressata e della pubblicazione dello stesso, in particolare nell'immediatezza dell'adozione del provvedimento, confermando così l'avvenuto decorso del termine annuale e la preclusione dell'esercizio del potere di autotutela.

9. In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese seguono la soccombenza si liquidano come dispositivo, con riferimento all'Amministrazione.

Appare equo disporre la compensazione delle spese di lite nei confronti della controinteressata, in considerazione della integrale imputabilità delle condotte contestate all'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 303 del 16 novembre 2023.

Condanna l'A.O.R.N. "San Giovanni di Dio e Ruggi D'Aragona" al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge e alla refusione del contributo unificato se versato.

Spese compensate nei confronti della Cicalese Impianti s.r.l.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO