

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Roma sez. III

Data: 02/09/2016

n. 9490

Classificazioni: Danno emergente e lucro cessante

Pubblicato il 02/09/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4977 del 2013, proposto da:
Max Security Europe Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Alvise
Arvalli, Piermattia Crispino, con domicilio eletto presso Paola
Bologna in Roma, Via Gramsci, 24;

contro

Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile, rappresentato e difeso per
legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;
nei confronti di

SocItalarmsSrl; n.c.

per l'annullamento, previa sospensiva

- del provvedimento Prot. n. 48351/CCA del 22.4.2013 emesso dal
Direttore Centrale dell'ENAC e comunicato alla Max Security Europe
srl in data 7 maggio 2013, avente ad oggetto la revoca
dell'aggiudicazione dell'appalto per la fornitura di materiale per le
verifiche ispettive di Security alla Max Security Europe srl e
l'aggiudicazione definitiva a favore di Italarmssrl con sede in
Milano Via (omissis);

- di ogni altro atto del procedimento connesso, presupposto e/o
conseguente e, in particolare:

- della comunicazione di sospensione della fornitura di cui alla nota
prot 11132/CCA del 28.1.2013;

- della nota prot n 40700CCA del 5.4.2013, ricevuta da Max Security
il 16 aprile 2013, con cui Enac ha comunicato l'avvio del
procedimento per la revoca dell'aggiudicazione definitiva a Max
Security del contratto di fornitura e aggiudicazione definitiva a
Italarmssrl;

- della decisione della Commissione di Gara n. 4 del 5.3..2013 con
cui la stessa ha ritenuto ammissibile l'offerta di Italarmssrl ;

per il risarcimento dei danni e/o per l'indennizzo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Enac - Ente Nazionale
Aviazione Civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2016 la dott.ssa
Maria Grazia Vivarelli e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato (22.05.2013) e depositato (31.05.2013) Max Security srl
ha impugnato - principaliter - il provvedimento Prot. n. 48351/CCA del 22.4.2013 emesso
dal Direttore Centrale dell'ENAC avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione

dell'appalto per la fornitura di materiale per le verifiche ispettive di Security alla Max Security Europe srl e l'aggiudicazione definitiva a favore di Italarms srl .

Riferisce la ricorrente di aver partecipato, quale unica offerente, in data 6 dicembre 2012, alla gara informale indetta dall'Enac per la fornitura di materiali per le verifiche di security.

Con provvedimento n. 163649/CCA del 21.12.2012 Enac disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura in economia di materiale occorrente per le verifiche ispettive di security in favore della società Max Security Europe srl.

Con lettera prot. n. 1349/CCA del 7.1.2013, accettata in data 10.1.2013 da Max Security, è stato formalmente concluso tra Enac e Max Security il contratto di affidamento della fornitura indicata.

Qualche tempo dopo, tuttavia, una diversa commissione, incaricata dell'espletamento di altra procedura di gara nell'ambito della direzione Eliporti e Aeroporti minori, rinveniva una busta contenente un'offerta relativa alla procedura di gara per la fornitura in economia di materiale occorrente per le verifiche ispettive di security, che sarebbe stata erroneamente smistata dall'Ufficio Addetto al Protocollo dell'Ente e inavvertitamente ritirata da detta Commissione. Pertanto, con nota prot n. 5546/EA del 15.1.2013, la predetta Commissione trasmetteva detta offerta alla commissione di gara di interesse.

Con nota prot 7157/CCA del 18.1.2013 Enac riconvocava la Commissione di gara incaricandola dell'apertura della busta. In seguito, la Commissione di Gara riteneva che l'offerta di Italarms srl fosse conforme al bando.

Con nota prot 11132/CCA del 28.1.2013, Enac comunicava la sospensione dell'esecuzione del contratto stipulato con Max Security.

Con nota prot n 40700/CCA del 5.4.2013, Enac ha comunicato l'avvio del procedimento per la revoca dell'aggiudicazione definitiva a Max Security e per l'aggiudicazione definitiva a Italarms srl.

Con nota Prot. n. 48351/CCA del 22.4.2013 Enac ha comunicato a Max Security il provvedimento del Direttore Centrale dell'ENAC, con cui quest'ultimo revocava l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di fornitura a Max Security e aggiudicava definitivamente tale appalto a Italarms. Da ultimo in data 2.5.2013 con nota prot 52719/CCA, Enac comunicava il recesso dal contratto stipulato con Max Security ex 1671 cc.

Deduce la ricorrente:

- 1 - violazione di legge in particolare degli artt. 7 e segg. legge 241/90; eccesso di potere per violazione dei provvedimenti presi e per carenza di istruttoria;
2. - eccesso di potere per difetto di motivazione o motivazione insufficiente e incongrua e violazione di legge;
3. - eccesso di potere per violazione della *lex specialis* costituita dal bando nonché violazione dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e dei principi di pubblicità e trasparenza;
4. - violazione di legge ed eccesso di potere nell'aver ritenuto accoglibile l'offerta di Italarms;
5. - violazione di legge e eccesso potere per difetto di istruttoria;
6. - violazione di legge in particolare degli articoli 121-122 e 124 c.p.a ed eccesso di potere.

Si è costituita Enac chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza collegiale n. 201302742 è stata respinta l'istanza cautelare "Considerato che le buste contenenti l'offerta ed i documenti richiesti per l'ammissione alla gara sono pervenute chiuse alla commissione competente e che il procedimento di apertura della busta contenente le suddette buste risulta verbalizzato dall'altra Commissione, talché non possono sussistere dubbi in ordine al contenuto della busta erroneamente aperta; che appare quindi legittima la procedura di autotutela".

Nella pubblica udienza odierna la causa è trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di ricorso sostiene la ricorrente che il procedimento di revoca dell'aggiudicazione non sia stato correttamente e legittimamente espletato dall'amministrazione resistente nei termini previsti dalla L. 241/90 in quanto il provvedimento di revoca è intervenuto dopo appena 6 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento stesso, con ciò non consentendo alla ricorrente il tempo di depositare memorie difensive nei 10 giorni previsti dalla L. 241/90 (ovvero nei 15 indicati dall'amministrazione). La censura è infondata in quanto ai sensi dell'art. 21 octies L. 241/90 "2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Poiché, come si dirà oltre, la revoca in autotutela in presenza di un'offerta tempestivamente pervenuta era una scelta vincolata per l'amministrazione, il vizio non ha carattere invalidante. In ogni caso risulta agli atti di causa, come eccepito da Enac, che la nota di comunicazione di avvio del procedimento di revoca (prot. 40700/CCA del 05.04.2013) fosse stata anticipata via fax alla ricorrente che dunque ha avuto integri i 10 giorni di legge per depositare memoria. Né d'altro canto sussiste un termine minimo per la conclusione dei procedimenti amministrativi, essendo previsto solo il termine massimo con funzione acceleratoria.

Con il secondo motivo di ricorso sostiene la ricorrente che non vi fossero i presupposti dell'autotutela e che, in ogni caso, vi fossero ampie ragioni - tra cui il consolidamento della posizione della ricorrente la quale aveva già stipulato il contratto con Enac - per non procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

Il motivo è infondato posto che Enac per prima e poi la commissione di gara non avrebbero potuto legittimamente ignorare la presenza di una busta chiusa pervenuta il giorno 11.12.2012 e, quindi, nei termini stabiliti dalla lettera d'invito (11.12.2012), senza violare il superiore principio di derivazione comunitaria della tutela della concorrenza e della par condicio. Pertanto, la revoca dell'aggiudicazione, una volta constatata la migliore offerta in capo ad Italarms si imponeva quale atto dovuto.

Con il terzo motivo di ricorso deduce poi la ricorrente che l'offerta non era più vincolante per la stazione appaltante, posto che nella lettera d'invito era espressamente previsto che "l'offerta sarà da intendersi valida per almeno 60 giorni a decorrere dalla data di scadenza prevista per la presentazione delle offerte". Alla data del 15.01.2013, quando la commissione della direzione Eliporti e Aeroporti minori rinveniva la busta, l'offerta non doveva ritenersi più valida.

La censura è infondata in quanto il termine di 60 giorni posto dalla lettera d'invito per l'efficacia dell'offerta è posto a tutela dell'offerente e non della stazione appaltante. In tal senso ex multis Cons.Giust. Amm. Sic., 29-01-2015, n. 84 secondo cui "Il termine di efficacia dell'offerta ex art. 11, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006 è posto a tutela dell'offerente il quale, decorso tale periodo, può svincolarsi dall'offerta presentata; tuttavia, se il concorrente non dichiara di ritenersi sciolto, alla scadenza del termine suddetto l'offerta non decade".

Inoltre, infondata in fatto è la censura sulla mancata integrità del plico posto che - come già scrutinato in sede cautelare - risulta agli atti (cfr. verbale di gara n. 2 del 22.01.2013 e verbale n. 5546/2013 della commissione che ha erroneamente aperto il plico) che sebbene la busta esterna fosse stata aperta, le due buste interne erano sigillate. Inoltre, come correttamente verbalizzato dalla commissione che ha erroneamente ricevuto il plico, lo stesso è stato conservato opportunamente in armadio blindato cui aveva accesso solo il personale incaricato dalla Direzione. Pertanto nessun rilievo può essere fatto in ordine alla integrità del plico.

Con il quarto ed il quinto motivo di ricorso deduce la ricorrente che l'offerta di Italarms non poteva essere accolta in quanto anomala ed inoltre che Enac non avrebbe svolto i necessari controlli di conformità dei prodotti offerti con quelli oggetto della lettera d'invito.

Le censure sono infondate in quanto risulta che l'offerta di Italarms sia stata sottoposta a valutazione di anomalia con subprocedimento ex artt. 86, 87, 88 D.Lgs. 163/2006, avviato dalla commissione di gara che si è servita a tal fine di un esperto in grado di verificare la rispondenza dei materiali elencati dalla società con quelli elencati nelle specifiche tecniche, all'esito del quale è avvenuta l'aggiudicazione. Né la ricorrente evidenzia particolari vizi del giudizio di anomalia che potrebbero indurre il Collegio a ritenere detta valutazione illegittima. Si ricordi in ogni caso che il giudizio di anomalia è sindacabile dal giudice amministrativo solo in presenza di vizi macroscopici, come da sempre sostenuto dal C.d.S. (ex multis Cons. Stato Sez. IV, 22-06-2016, n. 2751) secondo cui "In materia di gare pubbliche il sindacato sull'anomalia dell'offerta è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti e ciò in ragione della discrezionalità di tipo tecnico che connota l'attività dell'organo deputato a valutare le offerte stesse (artt. 86 e 89 del d.lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti 2006)". Per quanto attiene ai materiali deve poi rilevarsi che la loro conformità è stata oggetto di specifica istruttoria e verifica con l'ausilio di una valutazione tecnica espressa da un componente esperto del Nucleo Centrale Ispettivo interessato dal RUP, come risulta nel verbale n. 3 del 31.01.2013. È evidente, pertanto, che l'offerta di Italarms è stata preferita a quella di Max Security in ragione del minor prezzo praticato.

Da ultimo, totalmente infondata e priva di qualunque base normativa o giurisprudenziale è la censura secondo cui l'inefficacia del contratto, in seguito alla revoca dell'aggiudicazione, non potrebbe essere dichiarata dalla stazione appaltante, ma solo dal giudice amministrativo.

Il ricorso impugnatorio deve pertanto essere respinto.

Per quanto attiene alla domanda risarcitoria:

- la stessa risulta astrattamente ipotizzabile nei termini di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ex art. 1337 c.c. e, quindi nel limite dell'interesse contrattuale negativo;

- essa rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 15-03-2006, n. 602 "Va escluso che l'annullamento, legittimo, di un precedente provvedimento favorevole all'interessato, comportando pregiudizi in danno del destinatario, determini, di per sé, il diritto, di quest'ultimo, di essere indennizzato. Può trovare invece applicazione l'art. 1337 c.c. dato che non può escludersi la possibile coesistenza tra attività provvedimentale legittima e comportamento illecito della P. A.: appare infatti configurabile una responsabilità precontrattuale in capo a una P. A. la quale dapprima aggiudichi in via definitiva la gara a una impresa, comunichi alla stessa l'avvenuta aggiudicazione, chieda - e acquisisca - dall'aggiudicataria documentazione al fine di procedere al perfezionamento del contratto, stipuli il contratto d'appalto e, alla fine, decida di annullare in via di autotutela l'aggiudicazione e di disporre la caducazione automatica, con effetto "ex tunc", del contratto già sottoscritto. Precisato, che con riguardo a quest'ultimo profilo dell'azione risarcitoria, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste ai sensi dell'art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 80 del 1998 (sul punto v. T.A.R. Lazio, n. 5109 del 2005, alla quale si fa rinvio ex art. 9, legge 21 luglio 2000, n. 205), il danno va risarcito nei limiti del cosiddetto interesse contrattuale negativo, consistente nel pregiudizio subito per avere ragionevolmente, ma inutilmente, confidato nella conclusione del contratto");

- tuttavia l'illecito precontrattuale non risulta in questa sede adeguatamente dimostrato nelle sue componenti fondamentali (effettivo ammontare del danno subito, nesso di causalità, elemento soggettivo ecc) e la relativa domanda è quindi inammissibile.

Per quanto riguarda la domanda di indennizzo per revoca dell'aggiudicazione e recesso unilaterale ex art. 1671 c.c. avanzata dalla ricorrente, al cui pagamento l'Amministrazione si è in atti dimostrata disponibile:

- l'art. 133 n. 4) cpa attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "la determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo";

- l'art. 21 quinquies L. 241/90 stabilisce che "1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico";

- pertanto, la domanda diretta ad ottenere l'indennizzo ex art. 21 quinquies L. 241/90 deve essere accolta sussistendo tutti i presupposti per il suo accoglimento: revoca legittima dell'aggiudicazione e recesso unilaterale dal contatto;

- il quantum viene liquidato nel solo danno emergente consistente nelle spese (diminuzione del patrimonio) inutilmente affrontate dalla ricorrente per l'affare concluso secondo una rigorosa verifica del nesso causale (alla luce dei criteri delineati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.), che dovranno essere adeguatamente dimostrate in sede amministrativa tenendo in debito conto che alla data del 28.1.2013, Enac comunicava la sospensione dell'esecuzione del contratto stipulato con Max Security;

- a tal fine, ai sensi dell'art. 34 co. 4 cpa secondo cui "In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti", il Collegio fissa il termine di giorni 60 a decorrere dalla comunicazione/notificazione della presente sentenza affinché l'amministrazione, valutato in contraddittorio con la ricorrente il danno emergente (spese sostenute e) proponga alla stessa un congruo indennizzo.

Le spese sono compensate vista la reciproca soccombenza.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge la domanda caducatoria e dichiara inammissibile la domanda risarcitoria;
- accoglie la domanda diretta a conseguire l'indennizzo nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 02 SET. 2016.

Note

Utente: MASSIMO DI PRIMA - www.iusexplorer.it - 10.01.2017

© Copyright Giuffrè 2017. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156