

APPALTI: Annullamento giurisdizionale o in autotutela di un atto inserito nella sequenza procedimentale delle operazioni diverso da quello conclusivo - Rinnovazione dei soli atti successivi ad esso - Non comporta la caducazione di quelli anteriori - Armonizzazione di tale regola con il principio di segretezza delle offerte - Nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica - Necessità.

Tar Basilicata - Potenza, Sez. I, 5 settembre 2022, n. 592

“[...] Se è vero, infatti, in via generale, che l'annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori, è anche vero che tale regola dev'esser armonizzata e coordinata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte (a tutela dell'imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti). Tale regola implica che – nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica (come nel caso in esame, in cui la stazione appaltante ha scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) – le offerte economiche devono restare segrete fino alla conclusione della fase relativa alla valutazione di quelle tecniche [...], a presidio della genuinità, della trasparenza e della correttezza delle operazioni valutative (che resterebbero irrimediabilmente compromesse e inquinate da un'anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche) [...]”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AOR “San Carlo” di Potenza e della Innotec s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2022, il Consigliere avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Roche Diagnostics s.p.a., con atto depositato il 2 maggio 2022, è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'esito della “gara, con utilizzo del mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA), mediante r.d.o., per l'affidamento urgente della fornitura di reagenti di

biologia molecolare per n. 8000 test con service di un sistema di diagnostica biomolecolare per la determinazione Sars-CoV-2”.

1.1. In fatto, dagli atti di causa emerge quanto segue:

- con deliberazione del Direttore generale n. 2021/01617 del 30 dicembre 2021 è stata indetta la procedura negoziata telematica per l’affidamento urgente della fornitura di reagenti di biologia molecolare per n. 8000 test con service di un sistema di diagnostica biomolecolare per la determinazione Sars-CoV-2, articolata in un unico lotto e per un importo di €. 213.300,00 oltre IVA; nel contempo, sono stati approvati i relativi atti di gara;
- con successiva deliberazione del Direttore generale n. 2022/00139 del 2 febbraio 2022 sono stati approvati i verbali ed è stata aggiudicata la predetta gara alla odierna ricorrente;
- l’Innotec s.r.l., seconda graduata e odierna controinteressata, ha presentato istanza di annullamento in autotutela di tale determinazione, in ragione dell’asserita erronea attribuzione dei punteggi attribuiti in sede di valutazione tecnica;
- il RUP ha trasmesso ai membri della commissione giudicatrice l’istanza della Innotec s.r.l. acquisita, al fine di verificare la fondatezza delle relative contestazioni;
- la commissione giudicatrice, riesaminata la documentazione tecnica di gara della Roche Diagnostics s.p.a. rispetto ai profili di contestazione, li ha ritenuto condivisibili, per le motivazioni illustrate nella relazione all’uopo redatta, e ha ricalcolato il punteggio attribuito;
- è stata quindi riformulata la graduatoria finale, al cui esito è risultata prima l’offerta della odierna controinteressata;
- si sono costituite in giudizio l’Azienda ospedaliera intimata e la Innotec s.r.l., opinando per il rigetto del ricorso per infondatezza;
- il 10 maggio 2022 la Roche Diagnostics s.p.a. ha depositato atto di motivi aggiunti avverso i medesimi atti già oggetto del ricorso introduttivo.

1.1. In diritto, la ricorrente ha dedotto da più angolazioni motivi specifici in punto di violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere.

2. All’esito della camera di consiglio svoltasi il 25 maggio 2020, su istanza della deducente si è disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo delle istanze cautelari.

3. All’udienza pubblica del 20 luglio 2022, previo deposito di scritti difensivi, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e l’affare è transitato in decisione.

4. Il ricorso introduttivo è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

Coglie nel segno la dedotta violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte. In effetti, come si legge nell’avversato provvedimento direttoriale n. 347 del 2022, a seguito

della segnalazione della Innotec s.r.l., i componenti della commissione giudicatrice «[,,] – riesaminata la documentazione tecnica di gara della Roche Diagnostics s.p.a. rispetto ai profili di contestazione; – hanno ritenuto accoglibili i rilievi evidenziati dall'istante Innotec s.r.l., per le motivazioni illustrate nella medesima relazione e hanno ricalcolato il punteggio rispetto alle voci n. 2, 3 e 6 della griglia di valutazione, come riportato nell'allegato prospetto; – alla luce delle rettifiche apportate alla valutazione tecnica da parte della commissione giudicatrice il punteggio complessivo attribuito all'offerta tecnica della Roche Diagnostics s.p.a. risulta pari a 50,00/70,00 [...] », conseguendone la riformulazione della graduatoria finale.

In tal modo, come puntualmente dedotto nel ricorso, la commissione si è rideterminata dopo aver già esaurito l'esame delle offerte e aver quindi piena contezza delle offerte economiche e dei conseguenti punteggi attribuiti.

Orbene, il Collegio dà qui continuità al condivisibile indirizzo del Giudice d'appello secondo cui «La tematica oggetto della questione dedotta è stata affrontata, in termini generali, da questa Sezione nella sentenza n. 4934/2016, nella quale si è osservato che “Se è vero, infatti, in via generale, che l'annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori, è anche vero che tale regola dev'esser armonizzata e coordinata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte (a tutela dell'imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti). Tale regola implica che – nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica (come nel caso in esame, in cui la stazione appaltante ha scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) – le offerte economiche devono restare segrete fino alla conclusione della fase relativa alla valutazione di quelle tecniche (Ad Plen., 26 luglio 2012, n.30; *ex multis* Cons. St, sez. IV, 29 febbraio 2016, n.824), a presidio della genuinità, della trasparenza e della correttezza delle operazioni valutative (che resterebbero irrimediabilmente compromesse e inquinate da un'anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche). Orbene, nella fattispecie controversa il principio appena enunciato è rimasto vulnerato per effetto della ripetizione delle operazioni valutative (da parte della nuova Commissione) dopo che le offerte tecniche ed economiche erano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate dalla Commissione originariamente nominata (con atto poi rimosso dalla stazione appaltante in via di autotutela). La valutazione di offerte inserite in buste già aperte (entrambe) implica la violazione del principio di segretezza delle offerte, per come sopra definito,

nella misura in cui l'attività valutativa si è concentrata su offerte i cui contenuti avevano ormai irrimediabilmente perso i caratteri indefettibili della riservatezza e dell'anonimato, essendo stati già conosciuti (perlomeno dagli originari commissari e dalle imprese concorrenti). (.....) E non vale obiettare, come fa l'Istituto, che le buste contenenti le offerte erano state custodite in cassaforte, con la conseguenza che non si è determinata alcuna concreta alterazione dell'imparzialità del giudizio della nuova Commissione. Perché sia violato il principio della segretezza delle offerte non è, infatti, necessaria la dimostrazione dell'effettiva conoscenza delle offerte da parte della nuova Commissione, ma è sufficiente l'astratta conoscibilità delle stesse, quale effetto dell'apertura delle relative buste e della potenziale diffusione del loro contenuto". Dati i superiori principi, che il Collegio condivide e ai quali si riporta, la loro applicazione al caso di specie non può che comportare la conferma della sentenza impugnata. Le contrarie allegazioni dell'appellante, relative alla necessità di bilanciare la segretezza delle offerte con esigenze antagoniste, non colgono nel segno, sia perché infondate in assoluto, sia perché inconferenti in quanto relative a piani e valori disomogenei, in quanto "la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo"» (in termini, Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2021, n. 2819). Del resto, come pure evidenziato da tale pronuncia, le fattispecie derogatorie sono state enucleate dalla giurisprudenza con riferimento ad ipotesi in cui "la commissione giudicatrice non disponeva di alcun margine di discrezionalità", il che pianamente non è nel caso di specie.

4. Alle considerazioni che precedono consegue l'accoglimento della domanda impugnatoria spiegata col ricorso introduttivo, con assorbimento delle ulteriori censure, e la declaratoria di improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, di quella recata dall'atto di motivi aggiunti.

5. E stata pure formulata domanda risarcitoria per equivalente per le prestazioni che la deducente non ha potuto svolgere a cagione dell'illegittimo affidamento alla controinteressata. Com'è noto, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici è improntata – secondo le previsioni contenute nelle direttive europee – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912).

Inoltre, in fattispecie come quella all'esame, in cui l'appalto non può essere eseguito, per essere stato lo stesso pacificamente già svolto dall'illegittimo beneficiario, l'obbligazione dell'amministrazione non si estingue, convertendosi in una diversa, di natura risarcitoria, avente a oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dalla sentenza, in parziale sostituzione dell'esecuzione in forza specifica (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2020, n. 3342).

Per ciò che concerne la quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata in una percentuale del mancato utile conseguito dalla ricorrente. E' noto infatti che, in sede di determinazione del "*quantum*" risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile "*in primis*" dall'esibizione dell'offerta economica presentata; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno subito e provato.

5.1. In ragione di quanto innanzi, ritiene il Collegio, in accoglimento della cennata domanda, di avvalersi di quanto disposto dall'art. art. 34, comma 4, cod. proc. amm., e di fissare, di seguito, i criteri che l'Amministrazione intimata dovrà seguire per la determinazione dell'entità del risarcimento.

5.1.1. In particolare, la stazione appaltante dovrà:

- a) attenersi all'offerta economica presentata dalla deducente in gara;
- b) individuare il relativo margine di utile che residui dall'applicazione del ribasso ivi indicato, tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto, con decurtazione di tutte le spese necessarie per l'esecuzione del servizio; nel caso in cui l'ammontare delle spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dalla ricorrente i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;
- c) la somma così definita deve essere decurtata dell'eventuale "*aliunde perceptum*" conseguito per lo svolgimento di altri servizi durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa; a tal fine il ricorrente è tenuto a fornire alla stazione appaltante i dati relativi ai servizi assunti nel periodo di durata del contratto non eseguito (occorre riferirsi al periodo di mancata esecuzione del servizio a partire dalla data di avvio del medesimo fino a quella del subentro);

d) la somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale;

5.2. Vanno escluse dalle componenti della somma da risarcire le spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale e il cosiddetto "danno curriculare".

5.2.1. Va a tal proposito osservato che il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara d'appalto, non è risarcibile, in favore dell'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto. È pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclusa lamenta questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2021, n. 7951).

5.2.2. Nulla spetta a titolo di danno curriculare, per mancanza di prova nel caso, come quello qui all'esame, in cui non venga dimostrato, ed in apice dedotto, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del servizio oggetto del giudizio ha precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche o quali sarebbero le negative ricadute, in termini di minore redditività, sulla propria immagine commerciale (Cons. Stato, sez. V, n. 7951/2021, cit.; *id.* 26 luglio 2019, n. 5283, *id.* 2 gennaio 2019, n. 14).

6. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto: a) l'annullamento dei provvedimenti impugnati, per quanto di interesse; b) la condanna dell'Azienda ospedaliera intimata, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., a formulare al deducente l'offerta di una somma, a titolo di risarcimento del danno da mancata tempestiva aggiudicazione della procedura in questione, secondo i criteri esposti ai punti precedenti, con assegnazione a tal fine di novanta giorni dalla comunicazione della presente decisione.

7. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie il ricorso introduttivo, e la connessa domanda risarcitoria per equivalente, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- dichiara improcedibile l'atto di motivi aggiunti;
- condanna l'Amministrazione intimata e la controinteressata alla rifusione delle spese di lite in misura della metà cadauno, forfettariamente liquidando per l'intero tale importo in € 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, se dovuti. Pone, altresì, a carico dell'Azienda ospedaliera l'importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2022, coll'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Benedetto Nappi, Consigliere, Estensore

Paolo Mariano, Primo Referendario

IL SEGRETARIO