

Pubblicato il 27/09/2021

N. 01652/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01441/2021 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1441 del 2021, proposto da

Duo Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Nicotera, rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Pagnotta e Vittorio Vecchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consip S.p.a. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

1) della determinazione R.G. n. 507 del 27.08.2021 con cui il Comune di Nicotera ha annullato in autotutela la determinazione di indizione della gara n. 484 del 12.08.2021 e la relativa procedura negoziata tramite sistema MEPA, Richiesta di Offerta (R.d.O.) n. 2852697, per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Nicotera per il biennio 2021/2022 e 2022/2023. CIG 886155200D;

2) della nuova procedura di gara conseguente all'annullamento di cui sub 1) e, segnatamente, della determinazione del Comune di Nicotera di indizione di procedura negoziata R.G. n. 511 del 01.09.2021, della Richiesta di Offerta n. 2860294 e di tutti i relativi documenti, prospetti e/o elaborati, della Lettera di Invito prot. 8223 del 02.09.2021 avente ad oggetto: "Gara telematica con

procedura negoziata tramite sistema MEPA per il servizio di trasporto scolastico a favore degli alunni delle scuole primarie e secondarie di I° grado per il biennio 2021/2022 – 2022/2023. - CIG: 886155200D”, del relativo capitolato speciale d'appalto, questi ultimi tre inviati e pubblicati in data 02.09.2021 sul sito MEPA [www.acquistinrete.it](http://www.acquistinrete.it), nonché di tutti gli ulteriori elaborati, atti, provvedimenti e verbali della predetta nuova procedura, nessuno escluso;

3) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale che, comunque, possa ledere gli interessi della ricorrente, ivi inclusi la proposta di aggiudicazione, l'aggiudicazione definitiva frattanto intervenuti ed il contratto d'appalto eventualmente stipulato in conseguenza della nuova procedura di gara di cui sub 2);

nonché

per la condanna del Comune resistente, previa declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, ad aggiudicare in via definitiva la gara alla ricorrente, con subentro della stessa nel contratto d'appalto, essendo all'uopo disponibile;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Nicotera;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

*Rilevato:*

- che la Duo Service s.r.l. ha impugnato, con richiesta di tutela cautelare, l'annullamento in autotutela della procedura negoziata con RDO sul sistema MEPA del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Nicotera per il biennio degli a.s. 21/23 di cui era risultata aggiudicataria provvisoria intervenuta per rilevato refuso nella lettera di invito nel termine di scadenza delle offerte (22 agosto anziché 23 agosto per come invece indicato nel Mepa) nonché, per illegittimità derivata la conseguente indizione di nuova gara;

- che ha prospettato vizi -) di mancata comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, -) di violazione degli artt. 1367 e 1339 c.c., dell'art. 8, comma 1, lett. c) l. 120/2020 e degli artt. 30 e 61, comma 6, d.lgs. 50/2016 perché l'annullamento era intervenuto per refuso della data di scadenza delle offerte emendabile grazie ai principi di interpretazione ed eterointegrazione degli atti, -) di violazione degli artt. 3 e 21 *nonies* l. proc. in mancanza di vizio invalidante e di un concreto e ragionevole interesse pubblico all'annullamento della gara;

- che il Comune di Nicotera ha resistito al ricorso assumendo la legittimità della determinazione di annullamento e evidenziando in fatto che la determinazione di annullamento era stata adottata per

evitare contenziosi posto che la seconda classificata aveva con nota richiesto l'esclusione della prima per tardiva presentazione dell'offerta (23.8.2021);

- che la Consip s.p.a., cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si è costituita;
- che all'udienza del 22.9.2021, è stato dato avviso di possibile definizione con sentenza ex art. 60 c.p.a. e, trattata la controversia, la causa è stata trattenuta in decisione;

*Considerato:*

- che il provvedimento di annullamento in autotutela risulta illegittimo per il ricorrere degli ultimi due dei lamentati vizi, disaminabili congiuntamente;
- che la procedura indetta era una Gara telematica con procedura negoziata tramite sistema MEPA (con richieste di Offerta - RDO);
- che la valutazione delle offerte pervenute ha dato atto del pervenimento delle offerte entro il termine ivi indicato (23 agosto), più lungo di un giorno rispetto a quello indicato nella lettera di invito (21 agosto) (v. docc. 8 e 9 fasc. ricorrenti);
- che l'annullamento della procedura è stata motivata -) riscontrando tale discrasia, -) dando atto del pervenimento di tutte le offerte nel termine riportato nel Mepa, -) rilevando l'illegittimità dell'essere il termine più breve non rispettoso del termine dilatorio tra invio dell'invito e termine di scadenza delle offerte di 10 giorni stabilito dal combinato disposto degli artt. 61 co. 6 e art. 8 co. 1 lett. c) del d.l. n. 76/20 (convertito dalla l. 120/2020) -) con la giustificazione di evitare possibili contenziosi, -) rilevando l'insussistenza di posizioni pregiudicate;
- che, infatti, l'art. 21 *nonies* l. proc. prevede l'annullabilità 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*";
- che le ragioni poste alla base del provvedimento violano tale disposizioni e risultano contrarie ai principi di ragionevolezza;
- che, infatti, 1) l'esatta scadenza del termine di presentazione delle offerte era esattamente individuabile in via interpretativa in quella indicata dal Mepa giuste previsioni degli artt. 61 co. 6 e art. 8 co. 1 lett. c) del d.l. n. 76/20 in uno con gli artt. 1363, 1367 e 1339 c.c. (v. per applicazione delle regole interpretative del codice civile all'atto amministrativo, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 07/08/2018, n. 4849; Consiglio di Stato, sez. V, 13/09/2018, n. 5360; Consiglio di Stato sez. III, 10/06/2016, n. 2497; Consiglio di Stato sez. V, 25/07/2013, n. 3964), -) che, d'altro canto, in tale senso si era determinata la p.a. ammettendo l'offerta della ricorrente che, diversamente delle altre due partecipanti, aveva presentato l'offerta il 23.8 (v. riepilogo offerte in doc. 3 fasc. resistente), per come poi esplicitato nella premessa dell'atto di annullamento ("*tre offerte ritenute valide...in quanto tutte presentate nei termini fissati nel portale Mepa*"), -) che essendo il refuso esegeticamente superabile non vi era illegittimità invalidante giustificante l'intervento in autotutela, -) che tanto la determinazione di ammissione di tutte le offerte, quanto quella di annullamento "precauzionale" avrebbero leso l'interesse di una partecipante generando contenzioso; -) che in particolare, se è vero che l'aggiudicatario provvisorio vanta solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, che può essere legittimamente disattesa (tanto per sopravvenute

ragioni di interesse pubblico, quanto per la scelta della non appaltante di non aggiudicare il contratto ex art. 94 co. 2 c.c.p.), tuttavia, il medesimo aggiudicatario provvisorio è portatore di un interesse alla legittimità di un eventuale annullamento dell'intera procedura; -) che, al contrario, nessuna delle offerenti poteva giudizialmente lamentare il mancato rispetto del termine dilatorio posto che la seconda e terza partecipante avevano presentato l'offerta nel termine più ridotto, mentre la prima si era avvalsa di quello più lungo indicato sul Mepa, rispettoso degli artt. 61 co. 6 e art. 8 co. 1 lett. c) del d.l. n. 76/20; -) che la determinazione radicale di annullare l'intera gara lede, piuttosto, anche il pubblico interesse determinando spreco di tempo e risorse;

- che dall'annullamento dell'invalidazione della gara deriva in via derivata l'annullamento della nuova procedura indetta;

*Ritenuto*, pertanto:

- di annullare i provvedimenti impugnati;

- che, stante la sospensione della nuova procedura di gara da parte del decreto ex art. 56 c.p.a., non sia necessario adottare i richiesti provvedimenti di "tutela in forma specifica";

- che le spese di lite in ragione della peculiarità della fattispecie vadano compensate;

- che il contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 co. 6 *bis*.1 TUSG, è, tuttavia, interamente dovuto dalla parte resistente soccombente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

1) Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;

2) Compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Francesca Goggiamani

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO