

Modalità di svolgimento di una procedura di gara a trattativa privata, a seguito della formulazione da parte di una delle imprese invitate di un'offerta qualificabile come “nuova” e non già “migliorativa”.

(Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 2 ottobre 2006 n. 5745)

La trattativa privata rappresenta una procedura prevista e disciplinata originariamente dall'art. 6 R.D. n. 2440 del 1923 e caratterizzata da ampia discrezionalità non solo nella scelta del contraente, ma anche nella negoziazione del contenuto del rapporto contrattuale, sebbene subordinatamente alla ricorrenza di “speciali ed eccezionali circostanze”, la cui mancanza comporta l'illegittimità dell'intera procedura “*qualora la preferenza accordata a tale sistema di scelta del contraente si traduca in un provvedimento non rispondente ad una interpretazione oggettiva dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dalla normativa vigente*”(Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3697 in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 1639).

Al riguardo il Consiglio di Stato (sez. V, decisione n. 546 del 10 maggio 1999), con riferimento all'art. 267 del T.U. di cui al R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, ha specificato che tale norma “*consente di dare in concessione pubblici servizi (nella specie trattasi di erogazione gas metano) a trattativa privata, ma solo in presenza di “circostanze speciali” che, però, non possono coinvolgere esclusivi aspetti di carattere tecnico-economico in quanto ciò sottrarrebbe le Amministrazioni al confronto concorrenziale in tutti i casi in cui le stesse fossero in grado di individuare soggetti disposti ad offrire il servizio a condizioni verosimilmente più favorevoli rispetto ad altri operatori. Pertanto la norma citata deve essere interpretata in senso restrittivo e conforme all'attuale orientamento del legislatore, inteso a privilegiare il confronto concorrenziale tutte le volte in cui vi ostino fatti oggettivamente impeditivi; con la conseguenza che, non diversamente dalle ipotesi di appalti di lavori o servizi, anche nel caso delle concessioni di pubblici servizi il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto in limiti ristretti e coincidenti con l'impossibilità, per la Pubblica Amministrazione, di far ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere, ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale*”.

Si è giunti anche ad affermare (Consiglio di Stato, sez. V, decisione n. 500 del 28 aprile 1999) che “*Il Comune non può affidare il servizio di acquedotto con il sistema della trattativa privata quando non sussistano giustificazioni in ordine alle circostanze speciali che lo consentono, non essendo a tal fine ex se sufficiente il fatto che il Comune stesso partecipi al capitale societario con una quota del tutto esigua*”.

Nel rispetto dei previsti limiti applicativi, la discrezionalità riservata alla Pubblica Amministrazione con la concessione di ampi spazi di intervento ai fini della negoziazione di uno o più termini del contratto ha trovato il proprio contrappeso nell'effettiva partecipazione anche del privato alla determinazione del contenuto contrattuale (cfr. Corte di Cassazione, S.U., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Foro Amministrativo*, 1996, 1802), elemento questo che caratterizza e distingue più di ogni altro tale operazione rispetto alle procedure concorsuali in cui la disciplina del rapporto viene predisposta unilateralmente dall'Amministrazione appaltante (cfr. *Repertorio degli Appalti Pubblici*, a cura di Luca R. Perfetti, 2005, vol. II).

In proposito il Consiglio di Stato (sez. V, decisione n. 90 del 29 gennaio 1999) ha statuito che *“L'Amministrazione che stabilisce di affidare a trattativa privata, previa gara officiosa, un servizio, nella specie quello di tesoreria, è svincolata dalla puntuale osservanza delle norme che disciplinano, in modo rigido, le ordinarie procedure concorsuali di scelta del contraente (asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso), essendo titolare di un potere di apprezzamento assai ampio, subordinato soltanto al rispetto dei vincoli procedurali e sostanziali prestabiliti, di volta in volta, dalla stessa Amministrazione ed ai generalissimi principi di imparzialità e di correttezza che governano ogni manifestazione dell'attività dei soggetti pubblici”*.

In virtù delle circostanze di eccezionalità ed urgenza, e dunque del loro carattere derogatorio rispetto agli altri metodi selettivi concorsuali, in più occasioni la giurisprudenza ha posto a carico dell'Amministrazione un pregnante onere motivazionale, congruo e dettagliato, in ordine alla sussistenza di dette circostanze, che giustifichi in concreto il ricorso alla trattativa privata (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; sez. V, 10 giugno 2002, n. 3208).

Anche per quanto attiene agli appalti di servizi, l'applicazione della trattativa privata è stata influenzata dalle medesime esigenze, inducendo il legislatore nazionale a recepire pressoché integralmente la normativa contenuta nella direttiva 92/50 CEE.

A ciò aggiungasi che la trattativa privata coinvolge, oltre la sfera di autonomia dei due contraenti (privato e pubblico), un più vasto ambito di interessi e valori di rilievo costituzionale, quali la trasparenza e il buon andamento *ex art. 97 Cost.*, la salvaguardia della libertà di concorrenza e degli assetti di mercato, la libertà di iniziativa economica, con conseguente *“attitudine lesiva della sfera giuridica di coloro rimasti estranei alla contrattazione e interessati all'osservanza delle forme dell'evidenza pubblica”* (Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079, in *Foro amm.*, 2000, 1289).

E' stato in tal senso specificato che *“L'attività preordinata all'affidamento di contratti pubblici, secondo il modulo della trattativa privata, non è riconducibile all'esercizio dell'autonomia negoziale propria dei soggetti privati, ma presenta connotazioni di rilievo pubblicistico, manifestate nell'adozione di atti amministrativi, sindacabili dal giudice amministrativo, in quanto lesivi di interessi legittimi”* (Consiglio di Stato, sez. V, 24 dicembre 2001, n. 6377, in *Foro Amministrativo* 2001, 3184; T.A.R. Lazio, sez. I, 21

giugno 2001, n. 5542, in *Foro Amministrativo* 2001; Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 1999, n. 112, in *Foro Amministrativo* 1999, 340).

La sindacabilità della scelta operata dall'Amministrazione di avvalersi della procedura in questione trova un limite nella circostanza che il privato partecipi alla trattativa senza esprimere formali riserve sul metodo adottato, il quale, pertanto non potrà in un secondo momento "*dolersi della scelta dell'Amministrazione di avvalersi di quella specifica procedura, costituendo tale comportamento acquiescenza al provvedimento di indizione di tale tipo di gara*" (T.A.R. Toscana, sez. I, 15 aprile 2003, n. 1456, in *Foro Toscano*, 2003, 391).

A ciò aggiungasi che la giurisprudenza amministrativa ha individuato posizioni di interesse legittimo oltre che in capo a quei soggetti che siano stati invitati a presentare un'offerta, anche in capo a quelli che abbiano in precedenza intrattenuto rapporti con la pubblica amministrazione, ovvero che risultino già titolari di un rapporto contrattuale, nei confronti dei quali corrisponde un adeguato onere motivazionale in merito al loro eventuale mancato interpello (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Consiglio di Stato* 1995, I, 843; sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 125, in *Urbanistica e Appalti*, 1997, 906).

Passando ad esaminare lo svolgimento dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, occorre premettere che alcuni dei sistemi di affidamento dei contratti in questione sono qualificati dalla previsione di un «subprocedimento di preselezione o di prequalifica», volto appunto alla selezione, tra le imprese che hanno avanzato apposita domanda di partecipazione alla gara e sulla base dei soli requisiti (moralì, finanziari, tecnici ed organizzativi) di ammissione dagli stessi attestati, di quelle che l'amministrazione aggiudicatrice intende invitare alla fase selettiva vera e propria, *i.e.* quella finalizzata alla valutazione comparativa delle offerte (cfr. M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 7/2004, 755; G. RIGA, *Bandi di gara e lettere di invito*, in *App. Urb. Edil.*, 1/2004, 35; M. GATTI, *Gli appalti pubblici di servizi e forniture*, 2004; A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali. La disciplina comunitaria concernente le pubbliche forniture nonché gli appalti pubblici di servizi e di lavori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, trasposta nell'ordinamento giuridico italiano*, 2001).

Tanto premesso, la "lettera-invito" è l'atto amministrativo endoprocedimentale che conclude il subprocedimento preselettivo, caratteristico delle procedure ristrette di scelta del contraente (licitazione privata e appalto-concorso), ma anche delle procedure negoziate assimilabili a quelle ristrette (trattativa privata previa gara informale, previa pubblicazione di bando e previa istituzione di un sistema di qualificazione).

La lettera-invito assolve, congiuntamente al bando, la funzione di *lex specialis* di gara, le cui regole non possono essere disattese neppure nel caso in cui risultino formulate incongruamente, salva la possibilità, in tale ipotesi, di fare ricorso ai poteri di autotutela e al rinnovo del procedimento; non senza considerare che l'esercizio di tali ultimi poteri è tanto più opportuno

quanto meno consistente è lo stato di avanzamento della selezione e, quindi, l'affidamento generato sulla regolare conclusione della stessa (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 1° ottobre 2003, n. 5712, in *Foro Amministrativo-C.d.S.*, 10/2003, 3041).

I destinatari delle lettere sono selezionati attraverso le domande di partecipazione alla gara (licitazione privata e appalto-concorso) o tra gli iscritti in appositi elenchi (licitazione privata semplificata nonché procedure ristrette e trattativa privata previa istituzione di un sistema di qualificazione) o, ancora, in base a informazioni ricavate dal mercato (trattativa privata previa gara informale) (cfr. E. MAURO, *Lettera-invito*).

Alla lettera-invito si ritengono applicabili le norme sull'interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss. c.c.), nei limiti della loro compatibilità con la natura amministrativa dell'invito (T.A.R. Puglia, sez. I, 12 dicembre 1994, n. 1259, in *Foro Amm.*, 6/1995, 1372).

Al riguardo giova evidenziare che la giurisprudenza privilegia il "criterio letterale".

Illuminante è il Consiglio di Stato (sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162, in *www.lexitalia.it*, 4/2004), secondo cui, in caso di oscurità o equivocità delle disposizioni che regolano i presupposti, l'espletamento o la conclusione della gara, contenute nella *lex specialis* della stessa o nei suoi allegati, un corretto rapporto tra amministrazione aggiudicatrice e aspirante aggiudicatario, rispettoso dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, nonché di quello enunciato dall'art. 1337 c.c., in forza del quale, nello svolgimento delle trattative, le parti devono comportarsi secondo correttezza, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, attraverso l'interpretazione di ciò che vi è detto espressamente e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, sulla base di indagini ermeneutiche integrative, significati ulteriori e inespressi (*ibidem* T.A.R. Lazio, sez. III, 28 ottobre 2003 n. 9098; T.A.R. Campania, sez. I, 25 luglio 2003, n. 10090).

Le prescrizioni dell'invito che non brillano per trasparenza, invece, sono da leggere, innanzitutto, alla luce del "principio di massima apertura delle gare", cioè ammettendo alle stesse anche i candidati che non hanno interpretato correttamente la *lex specialis* della selezione (Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 684, in *www.lexitalia.it*, 2/2004; sez. VI, 2 aprile 2003, n. 1709, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2003, 1201, con nota di D. Ponte).

D'altro canto, sebbene strumentale all'effettività della concorrenza e, dunque, alla soddisfazione dell'interesse pubblico all'identificazione del miglior contraente sul mercato, il principio della più ampia partecipazione alle gare non può prevalere su quello di "serietà dell'offerta", che postula la rigorosa ottemperanza di quanto preteso dalla lettera a pena di esclusione (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 febbraio 2003, n. 958, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Inoltre, la scarsa intellegibilità delle regole poste dall'invito consente il ricorso tanto al "metodo teleologico", volto alla ricostruzione dell'intenzione dell'autore dell'atto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4326,

in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 7-8/2003, 2253), quanto al “criterio sistematico”, che vuole che le disposizioni dubbie siano interpretate per mezzo di quelle indubbe, anche di quelle degli altri atti e documenti che compongono la *lex specialis* della selezione (Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2002, n. 5676, in *Riv. giur. edil.* 2/2003, I, 595).

D'altronde, non può ragionevolmente imputarsi agli aspiranti aggiudicatari, a titolo di trascuratezza o di imperizia, ed è quindi ragione giustificatrice delle conseguenti imperfezioni delle offerte, un'interpretazione piuttosto che un'altra di precetti ambigui della lettera (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1530, in www.giustizia-amministrativa.it, relativa ad una fattispecie di antinomia tra invito e capitolato speciale).

In applicazione dei suddetti canoni interpretativi, nel caso di specie, il Supremo Consesso amministrativo ha affermato che *“Anche a voler ammettere che si era in presenza di un quadro di riferimento molto generico, con regole molto elastiche, al limite quasi della legittimità, amplissima essendo in tal modo la discrezionalità rimessa all'amministrazione aggiudicatrice nella individuazione dell'offerta in assoluto migliore, non può d'altra parte negarsi che tali regole esistevano, non erano state contestate tempestivamente e ritualmente e costituivano la lex specialis della gara e, in quanto tali, vincolavano non solo i partecipanti, ma la stessa amministrazione che le aveva poste attraverso la lettera di invito alle imprese partecipanti alla gara stessa. Orbene, posto che l'impresa, oltre a presentare un'offerta conforme agli elementi fondamentali della proposta contrattuale, così come indicati nella lettera di invito, aveva anche presentato un'offerta migliorativa, il primo adempimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice era quello di stabilire se tale offerta migliorativa fosse effettivamente tale in ragione delle regole da essa stessa fissate nella lettera d'invito, perché solo nel caso di questa prima valutazione positiva, l'offerta migliorativa avrebbe potuto essere oggetto di delibazione ai fini dell'aggiudicazione della fornitura di gas”*. Aggiungendo che *“In ogni caso, anche a voler prescindere dalle considerazioni svolte circa le corrette e legittime modalità che dovevano essere osservate per il puntuale rispetto dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica (a nulla rilevando la circostanza che nel caso di specie si era sostanzialmente in presenza di una trattativa privata), l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe mai potuto limitarsi, così come ha fatto, a chiedere una “integrazione” (che come si è visto tale non poteva essere neppure considerata) della originaria offerta sulla scorta dei nuovi elementi indicati”*.

Emerge in maniera evidente il carattere vincolante delle previsioni della lettera di invito; vincolo sussistente in entrambe le direzioni: sia per i partecipanti alla procedura di gara, sia per l'Amministrazione Committente.

Per quanto poi concerne, nello specifico, l'eventuale carattere “migliorativo” dell'offerta, l'Amministrazione deputata al relativo vaglio, non può esimersi dal verificare se l'offerta sia in concreto “migliorativa” o “nuova”; dovendo in tale ultimo caso dichiararne l'invalidità, non superabile median-

te la richiesta di integrazione dell'originaria offerta ad altra impresa concorrente, sulla scorta dei nuovi elementi emersi.

Come correttamente evidenziato nella decisione che si commenta, è vero che è consentito prevedere espressamente nella lettera di invito la facoltà per l'impresa offerente di formulare la proposta inserendo alcuni ulteriori elementi "volti a migliorarla ulteriormente ovvero a specificarne i contenuti", ma è altrettanto vero che, proprio in quanto elementi migliorativi ed integrativi dell'offerta, questi non possono riguardare gli aspetti e i dati fondamentali stabiliti dalla stessa Amministrazione aggiudicatrice.

Diversamente opinando si giungerebbe all'illogica conseguenza di consentire all'impresa di "colorare" a suo piacimento – adattandolo alle proprie esigenze e condizioni – il quadro della disciplina di gara, in spregio alle fondamentali regole di *par condicio*, pubblicità, imparzialità, trasparenza che devono presiedere allo svolgimento delle gare pubbliche.

In questo ordine di idee, sebbene da altro versante, giova considerare che non è concesso nemmeno alla Commissione di una gara di appalto il potere di introdurre "elementi di specificazione e di integrazione" dei criteri e delle modalità di valutazione delle offerte indicati nella *lex specialis* della selezione, se non nei limiti in cui si tratti di elementi "modesti" (Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040, in *www.lexitalia.it*, 3/2004), e il potere medesimo sia esercitato prima dell'apertura delle offerte, poiché la conoscenza, anche solo potenziale, delle stesse costituisce un fattore distorsivo dell'esito del procedimento, ponendo la Commissione in condizione di plasmare i parametri specificativo-integrativi, adattandoli alle peculiarità di una singola offerta e di sortire, in tal modo, un effetto premiale nei confronti della stessa (Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2003, n. 1181, in *Rass. giur. sanità*, 231-2/2003, 202; sez. V, 19 febbraio 2003, n. 908, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2/2003, 602, secondo cui, qualora taluni sottocriteri compaiano per la prima volta in calce ai tabulati con i punteggi assegnati, devono ritenersi lesi i principi di buona e trasparente amministrazione e di *par condicio*).

Orbene, nel caso di specie, l'Amministrazione, accertato il carattere di "novità" dell'offerta, avrebbe dovuto: o ritenerla non valida o non utile in relazione alle regole che essa stessa aveva posto per lo svolgimento della gara; ovvero, rilevato che dalla ulteriore offerta avanzata erano emersi nuovi elementi per una più conveniente fornitura del gas, avrebbe dovuto avviare una nuova procedura di gara (preferibilmente informando le imprese partecipanti dell'intenzione di non procedere alla conclusione della gara).

Coerentemente ai suindicati passaggi argomentativi, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza gravata anche nella parte in cui ha annullato esclusivamente il "provvedimento di aggiudicazione" del servizio di fornitura del gas oggetto della contestata procedura concorsuale, proprio in quanto frutto di una erronea interpretazione ed applicazione della stessa possibilità prevista nella lettera di invito di integrare e migliorare le offerte originarie.

Ed invero la fattispecie che ci occupa comporta non già l'annullamento dell'intera procedura concorsuale, bensì solo di quella parte successiva alla presentazione delle originarie offerte da parte delle imprese partecipanti alla gara.

Infine, appare condivisibile anche la statuizione di rigetto della domanda risarcitoria *ex adverso* avanzata, dovendosi ritenere la posizione giuridica della ricorrente integralmente reintegrata dall'annullamento del provvedimento aggiudicatario, a cui consegue il potere della Stazione appaltante di provvedere nuovamente, o mediante aggiudicazione della gara sulla scorta delle originarie offerte, o mediante annullamento della gara già avviata e instaurazione di una nuova procedura, sulla base dei nuovi elementi emersi con l'offerta aggiuntiva.

Soltanto all'esito del nuovo esercizio di tale potere potrà valutarsi la ricorrenza dei presupposti per l'accoglimento della pretesa risarcitoria.

Altro aspetto degno di nota affrontato dal Consiglio di Stato è quello concernente l'onere di tempestiva impugnazione, essendo stato affermato sul punto che soltanto con il provvedimento aggiudicatario del servizio di fornitura in questione la lesione della posizione giuridica dell'altra impresa (P. s.r.l.) si è concretizzata ed è dunque sorto l'onere, ritualmente assolto, della relativa impugnazione; non potendo neppure ipotizzarsi in epoca precedente al provvedimento di aggiudicazione l'esistenza di un onere di impugnare disposizioni di gara, in particolare quelle che consentivano la formulazione di integrazioni e miglioramenti dell'originaria offerta, non essendo le stesse neppure potenzialmente lesive.

In proposito si è già detto che la lettera-invito è l'atto amministrativo endoprocedimentale che definisce il subprocedimento di prequalifica. In quanto atto endoprocedimentale, la lettera non è di norma autonomamente lesiva e, dunque, impugnabile.

Tale atto è però in grado di produrre l'arresto procedimentale, determinabile così dal mancato invito come dall'invito recante determinate clausole: ipotesi comportanti la lesione immediata e, conseguentemente, l'onere di immediata impugnazione dell'esclusione, pena l'inammissibilità del ricorso sia contro la sola aggiudicazione, sia contro aggiudicazione e invito ad un tempo, senza che, peraltro, rispetto all'esclusione sia individuabile controinteressato alcuno (T.A.R. Lazio, sez. III, 25 settembre 2002, n. 8142, in *Foro amministrativo - T.A.R.*, 9/2002, 2919).

Sono altresì impugnabili l'invito altrui (Consiglio di Stato, sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, in *Foro amministrativo*, 5/2000, 1747) e, persino, il mancato invito altrui (Consiglio di Stato, sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6779, in *Riv. giur. edil.*, 4/2003, I, 1007, che afferma la sussistenza dell'interesse dell'aspirante aggiudicatario a impugnare l'esclusione di terzi, senza che ciò comporti una sostituzione processuale, laddove tale esclusione leda un interesse del ricorrente; tuttavia è onere dello stesso dimostrare che, se i terzi fossero stati ammessi, l'esito del procedimento di aggiudicazione gli sarebbe stato favorevole, perché, in carenza di simile prova, difetta l'interesse ad impugnare l'esclusione altrui), ma sempre congiuntamente all'aggiudicazione.

L'Adunanza Plenaria, con la nota sentenza del 29 gennaio 2003, n. 1 (in *Riv. giur. edil.*, 4/2003, I, 1029, con nota di G. Mari) ha definitivamente chiarito, tra l'altro, che la domanda di partecipazione non costituisce acquiescenza alla disciplina della selezione e, dunque, non rende inammissibile il ricorso avverso l'esclusione.

Dott.ssa Carmela Pluchino^(*)

Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 2 ottobre 2006 n. 5745 – Pres. Salvatore – Est. Saltelli – D.I. e S. S.r.l. (Avv. Pozzi) c/ P. S.r.l., poi P. S.p.A. (Avv.ti Presutti e Calugi) e A.T.E.R. della Provincia di Pistoia (Avv. Stanghellini) e nei confronti di Regione Toscana (n.c.) e Soc. T.G.C. S.p.A., già P. S.p.A. (Avv.ti Calugi, Gesmundo e Presutti) – (conferma T.A.R. Toscana, sez. seconda, 17 giugno 2004 n. 2086).

1.- Anche a voler ammettere che si era in presenza di un quadro di riferimento molto generico, con regole molto elastiche, al limite quasi della legittimità, amplissima essendo in tal modo la discrezionalità rimessa all'amministrazione aggiudicatrice nella individuazione dell'offerta in assoluto migliore, non può d'altra parte negarsi che tali regole esistevano, non erano state contestate tempestivamente e ritualmente e costituivano la lex specialis della gara e, in quanto tali, vincolavano non solo i partecipanti, ma la stessa amministrazione che le aveva poste attraverso la lettera di invito alle imprese partecipanti alla gara stessa. Orbene, posto che l'impresa, oltre a presentare un'offerta conforme agli elementi fondamentali della proposta contrattuale, così come indicati nella lettera di invito, aveva anche presentato un'offerta migliorativa, il primo adempimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice era quello di stabilire se tale offerta migliorativa fosse effettivamente tale in ragione delle regole da essa stessa fissate nella lettera d'invito, perché solo nel caso di questa prima valutazione positiva, l'offerta migliorativa avrebbe potuto essere oggetto di deliberazione ai fini dell'aggiudicazione della fornitura di gas.

2.- In ogni caso, anche a voler prescindere dalle considerazioni svolte circa le corrette e legittime modalità che dovevano essere osservate per il puntuale rispetto dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica (a nulla rilevando la circostanza che nel caso di specie si era sostanzialmente in presenza di una trattativa privata), l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe mai potuto limitarsi, così come ha fatto, a chiedere una "integrazione" (che come si è visto tale non poteva essere neppure considerata) della originaria offerta sulla scorta dei nuovi elementi indicati.

3.- L'effetto della pronuncia di annullamento (che non riguarda evidentemente la validità dei contratti già stipulati, trattandosi di questione che fuoriesce dalla cognizione del giudice amministrativo) comporta quindi non già l'annullamento della intera procedura, bensì solo di quella parte della procedura concorsuale successiva alla presentazione delle originarie offerte da parte delle imprese partecipanti alla gara, dovendo l'amministrazione

^(*) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Milano.

aggiudicatrice anche nel sub – procedimento finalizzato alla integrazione ed al miglioramento delle offerte già presentate, attenersi al rispetto dei principi generali che presidono allo svolgimento delle procedure per la scelta del contraente.

4.- La posizione giuridica della originaria ricorrente e dei soggetti ad essa succeduti deve considerarsi integralmente reintegrata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, a cui consegue il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente verificando se procedere ulteriormente all'aggiudicazione della gara sulla scorta delle originarie offerte ovvero all'annullamento della gara avviata ... e all'avvio di una nuova procedura concorsuale sulla base dei nuovi elementi emersi con la offerta aggiuntiva.

«Fatto – Con lettera in data 30 ottobre 2003, prot. 9123, l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia invitava alcune ditte, dotate dell'autorizzazione ministeriale prevista dall'articolo 17 del d.P.R. 23 maggio 2000, n. 164, a presentare una proposta per l'affidamento del predetto servizio di energia per due edifici di sua proprietà, ubicati in Pistoia, il primo alla via La Pira (costituito da 36 unità immobiliari per una superficie utile di circa 3170 metri quadrati; altezza utile interna di 2,70 metri; consumo medio di gas metano negli ultimi cinque anni di 28140 metri cubi annui; potenzialità della caldaia 179 Kw; centrale termica munita di certificazione prevenzione incendi) ed il secondo in via Del Villone, n. 6 (costituito di 14 unità immobiliari per una superficie utile di circa 1144 metri quadrati; altezza utile interna di 3,00 metri; consumo medio di gas metano negli ultimi cinque anni di 18000 metri cubi annui; potenzialità della caldaia 258 Kw; centrale termica munita di certificazione prevenzione incendi).

Secondo le previsioni della lettera di invito, la proposta di affidamento del servizio doveva tener conto almeno delle seguenti condizioni: “– la durata contrattuale dovrà essere non superiore a 5 anni; – nel prezzo offerto dovrà essere inclusa: la manutenzione ordinaria e straordinaria; la fornitura combustibile; gli oneri per la messa a norma della centrale termica compreso per tutte le certificazioni richieste per legge, oneri per incarico terzo responsabile; – modalità di esercizio: come da zona climatica indicata dal d.P.R. 412/93 e succ. con inizio il 1° novembre e termine il 15 aprile, salvo deroghe da parte della autorità competente; orario di accensione come stabilito per legge e possibilità di modulazione giornaliera da concordarsi di volta in volta con il committente con mantenimento temperatura interna di 20°; – eventuale revisione dei prezzi solo sul costo del combustibile”.

Nella predetta lettera di invito era altresì precisato che la proposta, oltre a tener conto dei dati sopra riportati, avrebbe potuto contenere anche “ulteriori elementi volti a migliorarla ulteriormente ovvero a specificarne i contenuti”.

Tutte le ditte invitate presentavano la propria offerta, eccezion fatta per la B. e la M. S.r.l..

Per quanto qui interessa, le migliori offerte risultavano essere quella della D. S.r.l. (che per un periodo di cinque anni aveva previsto una spesa annuale di €. 14.061,95 per l'edificio di via del Villone e di €. 17.473,75 per l'edificio di via La Pira, per un totale complessivo di €. 31.535,70) e quella della P.S.r.l. (che per un l'identico periodo di cinque anni aveva previsto una spesa annua di €. 18.927,15 per l'edificio di via del Villone e di €. 22.186,56 per l'edificio di via La Pira, per un totale di €. 41.113,71).

Utilizzando la facoltà prevista dalla stessa lettera di invito (di formulare ulteriori elementi volti a migliorare l'originaria proposta), la P. S.p.A. formulava un preventivo di spesa di gas metano per un periodo di 9 anni, in relazione al quale la spesa annua si riduceva complessivamente a €. 37.052,62 (e precisamente a €. 15.584,25 per l'edificio di via Del Villone e a €. 21.468,37 per l'edificio di via La Pira), comprendendo anche la sostituzione delle caldaie.

L'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia, con fax 10342 dell'11 dicembre 2003 invitava la D. S.r.l. a presentare una propria offerta aggiuntiva, contenente: proposta di investimento su nove anni; condizione migliorativa sul costo di assistenza; inserimento della sostituzione della caldaia; spesa annua fissa indipendentemente dal consumo per il periodo di legge 1° novembre/15 aprile con la sola variazione del prezzo del combustibile; per il fabbricato di via La Pira l'impegno di accollarsi l'onere di manutenzione e di terzo responsabile, attualmente in corso con la ditta B. e M.

Con la nota prot. 10958 del 19 dicembre 2003 la predetta D. S.r.l. riscontrando la predetta richiesta, proponeva una offerta "migliorativa" per la durata di nove anni di fornire energia, ivi compresa la sostituzione della caldaia per entrambi gli immobili, per un importo annuo complessivo di €. 30.480,95 (di cui €. 13.177,70 per l'edificio di via DeVillone ed €. 17.303,25 per l'immobile di via La Pira), precisando che "la spesa annua è confermata fissa indipendentemente dal consumo per il periodo 01/11 – 15/04, con quindi la sola variazione del costo della manodopera e del combustibile, sono esclusi eventuali anticipi e proroghe delle accensioni rispetto al 01/11 – 15/04 e le eventuali ore giornaliere eccedenti le 12 ore previste per la zona climatica "D"; impegno ad accollarsi l'onere di manutenzione e terzo responsabile attualmente in corso con la ditta B. e M. fino al 2005", con l'ulteriore impegno a tenere "bloccato il costo della manodopera, revisionandolo solo dal momento in cui si rilevi un aumento superiore al 10%".

Con la delibera n. 177 del 22 dicembre 2003 l'amministratore straordinario dell'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia affidava effettivamente il servizio di fornitura di gas per gli immobili di via La Pira e di via Del Villone, per un periodo di nove anni, compresa la sostituzione della caldaia e alle altre condizioni indicate negli schemi di contratto, alla D. S.r.l. per un importo annuo complessivo di €. 30.480,95, IVA compresa (di cui €. 17.303,25 per l'edificio di via La Pira, n. 2, ed €. 13.177,70 per l'edificio di via Del Villone, n. 6).

In data 5 febbraio 2004, con atti rep. 10383 e 10384, venivano stipulati i relativi contratti.

La P. S.p.A., cui con nota n. 375 del 19 gennaio 2004 era stata comunicata l'aggiudicazione della ricordata fornitura alla D. S.r.l., con ricorso giurisdizionale notificato il 20 marzo 2004 chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana l'annullamento di tutti gli atti relativi alla trattativa svolta dall'A.T.E.R. per la Provincia di Pistoia per l'affidamento del servizio in questione e, in particolare, la lettera 30 ottobre prot. 9123, il provvedimento in data 22 dicembre 2003, n. 177, nonché dei due contratti in data 5 febbraio 2003 stipulata dalla citata A.T.E.R. della Provincia di Pistoia con la D. S.r.l.

A sostegno dell'impugnativa venivano, in sintesi, dedotti: a) "violazione del D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, art. 1 e 3, del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 art. 3 e della legge 11 febbraio 1994 n. 109, art. 2, omesso svolgimento della gara con la procedura ad evidenza pubblica, violazione della legge reg. 8 marzo 2001 n. 12, artt. 1 – 2 e 20 e violazione della lettera d'invito 30 ottobre 2003", in quanto la fornitura di energia oggetto dell'affidamento ricadeva nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 358/1992, sussistendone i prescritti presupposti (tra cui anche il valore complessivo del contratto ammontante per anni 9 ad €. 249.389,00 e, dunque, superiore al valore soglia fissato in €. 200.000,00), così che del tutto illegittimamente non erano state applicate le relative prescrizioni in materia di predeterminazione dei criteri di aggiudicazione, di trasparenza della valutazione delle offerte e di disciplina delle offerte anomale; peraltro, sempre secondo la società ricorrente, la stessa legge regionale n. 12 del 2001, all'articolo 20, non consenti-

va lo svolgimento della gara con il metodo della trattativa privata plurima, difettandone i presupposti; b) “violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, logicità e segretezza in procedimento di affidamento degli appalti pubblici, violazione della legge n. 241/1990, art. 3 e della legge reg. 8 marzo 2001 n. 12, art. 20, difetto di motivazione e violazione degli artt. 24 e 113 Cost.”, in quanto nel corso della gara l’A.T.E.R. della Provincia di Pistoia aveva sostanzialmente stravolto i principi fissati dalla lettera di invito, tanto che l’offerta finale “integrativa” aveva un contenuto del tutto differente da quello originariamente indicato nella lettera d’invito; ciò senza contare che la integrazione della offerta era stata richiesta alla sola controinteressata D. S.r.l., nonostante le nuove caratteristiche del servizio fossero state individuate dall’amministrazione solo nel fax dell’11 dicembre 2003.

La società ricorrente formulava anche istanza di risarcimento dei danni derivati dalla perdita della possibilità di aggiudicarsi la gara e dalle spese sostenute per partecipare alla medesima, riservandosi di specificarli e quantificarli in corso di causa; chiedeva comunque anche il risarcimento in forma specifica attraverso la rinnovazione della procedura di gara.

L’adito Tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza della D. S.r.l. e dell’A.T.E.R. della Provincia di Pistoia, respinta l’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dalle parti resistenti, accoglieva in parte il ricorso, annullando gli atti impugnati, ma respingendo l’istanza risarcitoria per mancanza di prova del danno e dell’elemento soggettivo della colpa o del dolo.

In particolare, ritenuto infondato il primo motivo di censura in quanto la società ricorrente aveva partecipato alla procedura, poi contestata, senza alcuna riserva, il Tribunale considerava meritevole di accoglimento il secondo motivo di censura, atteso che effettivamente l’aggiudicazione del servizio di fornitura di gas alla società D. S.r.l. era avvenuta sulla base di condizioni diverse da quelle che la stessa amministrazione aveva stabilito nella originaria lettera d’invito.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello la società D. S.r.l., deducendo: a) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto l’A.T.E.R. della Provincia di Pistoia non aveva agito come pubblica amministrazione ovvero come titolare di un pubblico servizio, ma come un mero privato amministratore dei condomini degli edifici di via La Pira, n. 2, e di via Del Vilone, n. 6, cui sostanzialmente inerivano tutte le spese di gestione, manutenzione e funzionamento degli impianti di riscaldamento; ciò, ad avviso dell’appellante, trovava conferma nel fatto che, piuttosto che quale atto di avvio di una procedura di gara a trattativa privata, la lettera di invito del 30 ottobre 2003 costituiva espressione di una mera indagine di mercato e che la fornitura del gas poteva essere oggetto di contratto individuale dei singoli condomini; b) l’inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto la P. S.r.l. aveva contestato la procedura solo dopo avervi partecipato, sostanzialmente prestando acquiescenza alla scelta dell’A.T.E.R. della Provincia di Pistoia di procedere ad una trattativa privata; in realtà, aveva errato l’adito Tribunale ad accogliere tale eccezione solo con riferimento al primo motivo di ricorso, laddove esso si atteggiava sicuramente anche al secondo motivo, non potendo dubitarsi della legittimità dell’azione amministrativa che, applicando le previsioni della lettera di invito, aveva permesso l’integrazione e il miglioramento di una delle offerte presentate, cosa che aveva, per un verso, determinato la comparazione delle offerte originariamente migliori e, per altro verso, la possibilità effettivamente di scegliere l’offerta in assoluto più conveniente; c) l’infondatezza del secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, erroneamente

accolto, in quanto non poteva neppure porsi un problema di modifica delle condizioni della procedura concorsuale: infatti, l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia aveva agito come un privato amministratore condominiale, senza autovincolarsi allo svolgimento di una procedura concorsuale; in ogni caso si era trattato di una gara informale, cosa che consentiva di apportare varianti migliorative alle proposte contrattuali e, in ogni caso, l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia aveva effettivamente comparato le offerte pervenute, scegliendo quella più conveniente; *d*) per altro, anche a voler ammettere la correttezza della tesi sostenuta dai primi giudici, gli stessi non avevano tuttavia tenuto conto del fatto che l'offerta della D. S.r.l. era comunque indiscutibilmente la migliore anche solo per il periodo di cinque anni e pertanto gli atti impugnati potevano essere annullati solo per la parte eccedente tale periodo.

Si è costituita in giudizio la società P. S.p.A. (già P. S.r.l.) che, oltre a dedurre l'innammissibilità e l'infondatezza dell'appello principale, controdeducendo su tutti i singoli motivi di censura sollevati, ha altresì spiegato appello incidentale, chiedendo anch'essa la riforma della sentenza di primo grado, lamentando: 1) "violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di interesse al ricorso giurisdizionale", in quanto era stato, a suo avviso, erroneamente respinto il primo motivo del ricorso introduttivo dichiarandolo erroneamente inammissibile per intervenuta acquiescenza per la stessa partecipazione alla procedura concorsuale, laddove tale acquiescenza non era minimamente rinvenibile, tanto più che solo la effettiva partecipazione alla procedura concorsuale e la successiva sua conclusione ne legittimava la contestazione giurisdizionale; è stata, pertanto, espressamente riproposta la censura formulata con il primo motivo del ricorso di primo grado; 2) "violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di risarcimento del danno per attività illecita", in quanto era errata anche la decisione di respingere la istanza risarcitoria, non potendosi condividere né l'assunto secondo cui mancava l'elemento psicologico della responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice, né quello secondo cui la forma di risarcimento in forma specifica era stata in sostanza assicurata con l'annullamento della aggiudicazione cui conseguiva la rinnovazione della gara.

Anche l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia si è costituita in giudizio deducendo l'innammissibilità e l'infondatezza dell'appello principale e spiegando, altresì, appello incidentale con cui ha chiesto la riforma della impugnata sentenza, sostenendo sia la infondatezza del secondo motivo del ricorso di primo grado, inopinatamente accolto dai primi giudici, sia la erronea declaratoria di annullamento di tutta la procedura concorsuale, laddove l'annullamento non poteva che riguardare soltanto quella parte del procedimento successiva alla richiesta di miglioramento dell'offerta avanzata alla Società D. S.r.l., sia il capo relativo alla condanna alle spese di giudizio che, stante la evidente parziale soccombenza della stessa ricorrente in prime cure, andavano compensate.

Si è costituita in giudizio la S.G.C. S.p.A. derivata dalla fusione per incorporazione di P. S.p.A. nella A. V. S.p.A..

Con ordinanza n. 4589 del 7 ottobre 2004 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare di sospensione della efficacia della sentenza impugnata.

Le parti hanno ampiamente illustrato nell'imminenza della udienza di discussione del merito dell'affare le proprie rispettive tesi difensive; in particolare sia l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia, sia la D. S.r.l. hanno insistito nell'eccezione della sopravvenuta carenza di interesse al ricorso della P. per effetto della sopravvenuta legge 23 agosto 2004, n. 239.

Diritto. I.- In linea preliminare deve essere esaminata l'eccezione di sopravvenuta improcedibilità del ricorso proposto in prime cure dalla Società P. S.r.l., poi P. S.p.A., successivamente incorporata dalla T.G.C. S.p.A., in relazione alla entrata in vigore della legge 23 agosto 2004, n. 239, così come sollevata negli atti difensivi dalla D. S.r.l. e dall'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia.

Ad avviso delle parti deducenti, poiché l'articolo 1, comma 34, della legge 23 agosto 2004, n. 239 (recante norme in materia di "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia") ha disposto testualmente che *"le aziende operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale che hanno in concessione o in affidamento la gestione di servizi pubblici locali ovvero la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni infrastrutturali, nel territorio in cui la concessione o l'affidamento si riferiscono e per la loro durata, non possono esercitare, in proprio o con società collegate o partecipate, alcuna attività in regime di concorrenza, ad eccezione della vendita di energia elettrica e di gas e di illuminazione pubblica, nel settore dei servizi postcontatore, nei confronti degli stessi utenti del servizio pubblico e degli impianti"*, la T.G.C. S.p.A., già P. S.p.A., essendo interamente controllata dalla T.G. S.p.A., società che gestisce il servizio di distribuzione del gas per il Comune di Pistoia, non potrebbe neppure partecipare alla eventuale nuova gara per l'affidamento del servizio oggetto della presente controversia, quest'ultimo servizio essendo evidentemente inerente anche ad attività c.d. postcontatore (quale la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma della centrale termica con le relative certificazioni di legge, l'incarico di terzo responsabile); d'altra parte, quand'anche la contestata procedura di gara si fosse conclusa in modo favorevole per la P. S.r.l., la ricordata disposizione normativa (e le successive vicende societarie) avrebbero imposto e giustificato la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto e la rescissione del relativo contratto: di qui l'inconfutabile esistenza di un'oggettiva situazione di sopravvenuta improcedibilità per carenza di interesse del ricorso di prime cure.

L'assunto, ad avviso della Sezione, non è meritevole di accoglimento.

I.1.- Sotto un primo profilo deve innanzitutto osservarsi che, ai fini dell'applicazione della ricordata disposizione normativa, sulla scorta delle puntuali deduzioni svolte sul punto dalla T.G.C. S.p.A. (sulla cui legittimazione processuale nella presente causa, quale soggetto che è succeduto alla P. S.p.A., a sua volta succeduta alla P. S.r.l., non sussiste peraltro alcun dubbio), deduzioni suffragate dalla documentazione prodotta, non emerge alcuna forma di collegamento di essa con la società T.G. S.p.A., asserita affidataria del servizio pubblico di distribuzione del gas nel Comune di Pistoia.

Invero, dagli atti depositati risulta che la T.G.C. S.p.A. è sorta, giusta atto notarile del 9 novembre 2004, rep. n. 49419, fascicolo n. 23147, dalla fusione per incorporazione della P. S.p.A. nella società A.V. S.p.A.: unico socio di T.G.C. S.p.A. è T.G.V. S.p.A. che, quali soci, annovera, oltre a varie amministrazioni comunali della zona, anche la Banca (...) S.p.A., la Banca (...) S.p.A., la P. I. S.p.A. e la P. S.p.A..

T.G. S.p.A., da cui pure risulta essersi scissa T.V. S.p.A. (con atto del 1° dicembre 2005), risulta costituita da un unico socio, T.E. S.p.A., che non figura quale socio delle ricordate T.G.C. S.p.A. e T.G.V. S.p.A.: non risulta provata, dunque, l'esistenza di situazioni che danno luogo alle ipotesi di controllo e di collegamento societario che, d'altra parte, quale limite al diritto di impresa non possono essere oggetto di interpretazione estensiva, in mancanza di elementi certi, precisi e concordanti che non possono neppure essere ricavati dalla mera circostanza che alcuni soggetti titolari di cariche o qualifiche di una socie-

tà siano titolari di cariche e qualifiche di altre società (ciò dando evidente luogo ad eventuali ipotesi di conflitto di interesse o di responsabilità contrattuali nei confronti delle rispettive società di appartenenza).

I.2.- Peraltro, ad avviso della Sezione, l'infondatezza della eccezione in esame può egualmente apprezzarsi anche sotto altro assorbente e decisivo profilo, e cioè anche indipendentemente dalla questione sopra rilevata.

Invero, com'è noto, lo scrutinio di legittimità di un provvedimento amministrativo (che rappresenta in realtà la *res litigiosa* di cui deve occuparsi la Sezione) deve essere condotto in stretta osservanza del principio fondamentale del *tempus regit actum*, dovendo valutarsi il rispetto dei principi generali in materia di azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, con esclusivo riferimento al momento in cui il provvedimento stesso è stato emanato: ne discende che lo *jus superveniens* (che peraltro non ha, salvo sua espressa disposizione, alcun effetto retroattivo), non può neppure avere, in linea generale, un effetto sanante di eventuali illegittimità perpetrate, tanto più quando, come nel caso di specie, le denunciate illegittimità siano avvenute in danno del privato.

Ammettere la fondatezza della tesi *ex adverso* propugnata significherebbe violare palesemente i principi fissati dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, per un verso, espropriando il cittadino (o in questo caso l'impresa) del diritto costituzionale di azione e di difesa e, per altro verso, sottraendo inopinatamente l'attività della pubblica amministrazione al controllo giurisdizionale.

Né, a fondare l'eccezione in esame, può sostenersi la tesi secondo cui la normativa contenuta nel citato articolo 1, comma 34, della legge 23 agosto 2004, n. 239, avrebbe legittimato la revoca dell'aggiudicazione eventualmente intervenuta in favore della P. S.p.A.: anche a voler prescindere dal già ricordato principio generale secondo cui la legge non dispone per l'avvenire e anche senza voler tener conto che non vi è alcuna disposizione nella ricordata normativa che prevede una simile ipotesi di rescissione del contratto stipulato, occorre osservare, per contro, che la stessa disposizione prevede una sorta di disposizione transitoria precisando che "*Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministero delle attività produttive, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e le altre amministrazioni interessate provvederanno ad integrare le norme ed i provvedimenti rilevanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al presente comma*".

Ciò esclude, ad avviso della Sezione, che l'entrata in vigore della predetta normativa avrebbe potuto determinare automaticamente la legittimità di un eventuale provvedimento di revoca dell'aggiudicazione della fornitura del gas avvenuta in favore della P. S.p.A..

A ciò consegue che non può, quindi, in alcun modo dubitarsi della sussistenza dell'interesse della T. G.C. S.p.A., succeduta alla P. S.p.A. e alla P. S.r.l., ad ottenere la pronuncia in ordine alla legittimità o meno del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto di fornitura del gas indetto dall'A.T.E.R. per la Provincia di Pistoia, anche al solo fine di ottenere una soddisfazione soltanto risarcitoria, non essendo del resto indifferente – anche dal punto di vista della procedura di fusione per incorporazione della predetta P. S.p.A. nella G.T.C. S.p.A. – che nel patrimonio della prima sussistesse il contratto di fornitura del gas della cui legittima aggiudicazione si discute.

Resta quindi del tutto irrilevante, ai fini dell'interesse a ricorrere, la questione della concreta possibilità della società T.G.C. S.p.A. a rendersi aggiudicataria dell'eventuale nuova aggiudicazione del servizio di fornitura in relazione ai servizi c.d. di postcontato-

re, trattandosi di questione che, per un verso, non atteneva alla legittimità del provvedimento impugnato e che, per altro verso, concerne i requisiti di partecipazione alla nuova gara (e all'annessa prova della inesistenza della situazione di incompatibilità prevista dalla norma).

II.- Così sgombrato il campo dalla esaminata questione preliminare, può procedersi all'esame dell'appello principale proposto dalla D. S.r.l.

Esso è infondato e deve essere respinto.

II.1.- Priva di fondamento è innanzitutto l'eccezione di difetto di giurisdizione, che è stata prospettata sostenendo che l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia avrebbe agito nel caso di specie come un mero amministratore di un condominio privato e quindi negando la qualità di soggetto pubblico della predetta Azienda ovvero negando che si sarebbe in presenza di un'attività oggettivamente pubblica.

Osserva al riguardo la Sezione che, per un verso, non è assolutamente contestabile che l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia sia un ente pubblico regionale, dotato di autonomia amministrativa e contabile, assoggettata al rispetto della normativa pubblicistica in tema di contratti pubblici (in particolare alla legge regionale 8 marzo 2001, n. 12), non rinvenendosi alcuna disposizione contraria sul punto, mentre, per altro verso, come si ricava dalla lettura della stessa lettera di invito alla procedura concorsuale in questione (nota n. 9123 del 30 ottobre 2003 dell'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia), gli immobili siti nel comune di Pistoia, rispettivamente alla via La Pira, n. 2, e alla via Del Villone, n. 6 (cui si riferiva la fornitura di gas oggetto dell'affidamento) sono di proprietà della predetta Azienda e dunque hanno natura pubblica: rispetto ad essi, almeno al momento in cui è stata avviata la procedura concorsuale, non può in nessun caso ipotizzarsi una vicenda esclusivamente privatistica tale da escludere il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica.

Né risulta decisiva la considerazione che la fornitura del gas sarebbe stata oggetto di rimborso da parte dei singoli assegnatari degli alloggi attraverso pagamento rateale sul canone mensile di locazione, atteso che, indipendentemente da ogni considerazione sul fatto che il rimborso potesse riguardare o meno la sola fornitura del gas ovvero anche gli importi accessori relativi alla manutenzione, alla sostituzione della caldaia, etc., stante la proprietà pubblica degli immobili, non vi è dubbio che le somme anticipate avevano indiscutibilmente natura pubblica, essendo messe a disposizione dall'ente pubblico regionale e pertanto non potevano che essere amministrate nel rispetto dei principi di cui all'articolo 97 della Costituzione, ivi compreso quello della scelta del contraente dell'appalto attraverso il procedimento ad evidenza pubblica, con conseguenza controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo.

II.2.- Possono essere esaminati congiuntamente, stante la loro stretta connessione, il secondo ed il terzo motivo di gravame, con i quali è stato lamentato che i primi giudici avevano erroneamente accolto il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio che, al contrario, per un verso era inammissibile, per acquiescenza alla procedura di gara determinata dalla stessa partecipazione, e, per altro verso, infondato, stante l'assoluta correttezza del comportamento tenuto dall'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia che aveva effettivamente comparato le offerte presentate dalla D. S.r.l. e dalla P. S.r.l., aggiudicando senza dubbio la fornitura di gas alla impresa che aveva presentato l'offerta effettivamente più vantaggiosa.

Anche tali censure sono destituite di fondamento.

II.2.1.- Si deve innanzitutto osservare che la censura svolta dalla P. S.r.l. con il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, rubricato "Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, logicità e segretezza in procedimento di affidamento

degli appalti pubblici, violazione della legge n. 241/1990, art. 3 e della legge reg. 8 marzo 2001, 12, art. 20, difetto di motivazione e violazione degli artt. 24 e 113 Cost.», non riguardava la presunta illegittimità delle regole fissate dall'amministrazione aggiudicatrice per il concreto svolgimento della gara, ma concerneva esclusivamente le modalità concrete con cui il procedimento di gara si era dipanato: si lamentava, in realtà, che la determinazione dell'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia di chiedere un'integrazione dell'offerta già presentata alla sola società D. S.r.l. aveva violato i principi fondamentali di imparzialità, trasparenza, logicità e segretezza peculiari del procedimento di scelta del contraente per l'affidamento di un pubblico appalto.

La lesione della posizione giuridica della società P. S.r.l. derivata dall'aggiudicazione del servizio di fornitura del gas alla società D. S.r.l. non dipendeva, in altri termini, dalle regole di gara fissate nella lettera di invito, né dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice avesse richiesto, in concreto, un'integrazione dell'offerta originaria, ma solo dalle modalità con cui la predetta amministrazione aggiudicatrice aveva utilizzato la facoltà di chiedere un'integrazione e un miglioramento delle offerte già presentate, avanzando detta richiesta ingiustificatamente ed in violazione delle regole fondamentali delle procedure ad evidenza pubblica alla sola D. S.r.l..

A ciò consegue che solo con il provvedimento di aggiudicazione del servizio di fornitura in questione alla più volte citata D. S.r.l. la predetta lesione si è concretizzata ed è dunque sorto l'onere, tempestivamente e ritualmente assolto dalla P. S.r.l., della relativa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, non potendo neppure ipotizzarsi in epoca precedente a quest'ultimo l'esistenza di un onere di impugnare disposizioni di gara, quale quelle che consentivano la formulazione di integrazioni e miglioramenti della originaria offerta di gara, non solo non attuali, ma neppure potenzialmente lesive.

Deve pertanto escludersi che il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado potesse essere considerato inammissibile, non essendo rinvenibile in alcun modo nella mera partecipazione alla procedura di gara da parte della P. S.r.l. alcuna acquiescenza a successivi comportamenti o provvedimenti della amministrazione aggiudicatrice non conformi alle disposizioni di gara ovvero ai principi generali che le disciplinano.

II.2.2.- Nel merito, poi, come correttamente rilevato dai primi giudici, il secondo motivo di censura proposto in primo grado dalla P.S.r.l. era anche fondato.

Occorre preliminarmente chiarire, al fine di sgomberare il campo da possibili equivoci anche in ordine all'effettiva ricostruzione della fattispecie concreta indispensabile per la delibazione della questione giuridica controversa, che, diversamente da quanto sostenuto o quanto meno insinuato dall'appellante, i primi giudici hanno stigmatizzato l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, annullando il relativo provvedimento di scelta del contraente, non già per la mancata comparazione delle offerte presentate ovvero per illegittimità della procedura (trattativa privata) prescelta, quanto piuttosto per la decisiva considerazione che, dopo aver previamente fissato nella lettera d'invito le regole, sia pur sommarie e approssimative della procedura concorsuale, le stesse regole erano state inopinatamente violate, in dispregio delle fondamentali regole della imparzialità, trasparenza, logicità e segretezza.

Orbene, in punto di fatto, non è contestato che nella lettera di invito in data 30 ottobre 2003 l'amministrazione aggiudicatrice aveva chiesto alle ditte interessate di formulare una proposta di affidamento del servizio di fornitura del gas che tenesse conto di alcuni elementi fondamentali quali: la durata contrattuale non superiore a 5 anni; il prezzo complessivo in

cui dovevano ritenersi inclusi la manutenzione ordinaria e straordinaria, la fornitura di combustibile, gli oneri per la messa a norma della centrale termica compreso per tutte le certificazioni richieste per legge, oneri per incarico terzo responsabile; le specifiche modalità di esercizio, secondo quanto previsto per la zona climatica indicata dal d.P.R. 412/93, con inizio dal 1° novembre e termine il 15 aprile, salvo deroghe da parte della autorità competente; l'orario di accensione come stabilito per legge e possibilità di modulazione giornaliera da concordarsi di volta in volta con il committente con mantenimento temperatura interna di 20°; l'eventuale revisione dei prezzi del solo costo del combustibile.

Sebbene la predetta lettera di invito prevedesse espressamente la facoltà per la ditta offerente di formulare la proposta inserendo anche ulteriori elementi "volti a migliorarla ulteriormente ovvero a specificarne i contenuti", non può revocarsi che proprio in quanto elementi migliorativi ed integrativi dell'offerta, questi non potevano riguardare gli elementi fondamentali stabiliti dalla stessa amministrazione aggiudicatrice: in altri termini, è del tutto ragionevole ritenere che l'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia aveva inteso rimettere alle ditte offerenti la facoltà di "qualificare", attraverso elementi integrativi, le loro rispettive offerte, precostituendo, sotto altro profilo, un abile (e decisivo) strumento di valutazione delle offerte stesse, fermo restando il loro contenuto base (costituito dagli elementi fondamentali di cui tener conto espressamente indicati nella lettera di invito).

Anche a voler ammettere che si era in presenza di un quadro di riferimento molto generico, con regole molto elastiche, al limite quasi della legittimità, amplissima essendo in tal modo la discrezionalità rimessa all'amministrazione aggiudicatrice nella individuazione della offerta in assoluto migliore, non può d'altra parte negarsi che tali regole esistevano, non erano state contestate tempestivamente e ritualmente e costituivano la *lex specialis* della gara e, in quanto tali, vincolavano non solo i partecipanti, ma la stessa amministrazione che le aveva poste attraverso la lettera di invito alle imprese partecipanti alla gara stessa.

Orbene, posto che la P. S.r.l., oltre a presentare un'offerta conforme agli elementi fondamentali della proposta contrattuale, così come indicati nella lettera di invito, aveva anche presentato un'offerta migliorativa, il primo adempimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice era quello di stabilire se tale offerta migliorativa fosse effettivamente tale in ragione delle regole da essa stessa fissate nella lettera d'invito, perché solo nel caso di questa prima valutazione positiva, l'offerta migliorativa avrebbe potuto essere oggetto di delibazione ai fini dell'aggiudicazione della fornitura di gas.

Senonché l'offerta asseritamente migliorativa della P. S.r.l. non poteva essere presa in considerazione alla stregua delle regole fissate dalla lettera d'invito perché, come risulta dagli atti di causa e come del resto è pacifico tra le parti in causa, essa considerava un periodo temporale diverso (9 anni invece che 5) e contemplava anche la sostituzione delle caldaie relative agli immobili di via La Pira n. 2 e via Del Villone n. 6: essa, dunque, non poteva essere considerata semplicemente un'offerta migliorativa della prima, ma costituiva una nuova offerta; l'amministrazione aggiudicatrice, conseguentemente, avrebbe dovuto: o ritenere non valida o non utile detta offerta in relazione alle regole che essa stessa aveva posto per lo svolgimento della gara, valutando solo quelle offerte coerenti con le previsioni della lettera d'invito ovvero, rilevato che dalla ulteriore offerta avanzata dalla P. S.r.l. emergevano nuovi elementi per una più conveniente fornitura del gas ai predetti immobili avrebbe dovuto avviare una nuova procedura di gara (eventualmente informando le ditte partecipanti dell'intenzione di non procedere alla conclusione della gara).

In ogni caso, anche a voler prescindere dalle considerazioni svolte circa le corrette e legittime modalità che dovevano essere osservate per il puntuale rispetto dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica (a nulla rilevando la circostanza che nel caso di specie si era sostanzialmente in presenza di una trattativa privata), l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe mai potuto limitarsi, così come ha fatto, a chiedere una "integrazione" (che come si è visto tale non poteva essere neppure considerata) della originaria offerta alla sola D. S.r.l. sulla scorta dei nuovi elementi indicati dalla P. S.r.l.

Anche a voler ammettere (anche in assenza di qualsiasi elemento, sia pur indiziario, da cui ricavare una simile evenienza) che effettivamente le offerte originarie della D. S.r.l. e della P. S.r.l. fossero le più vantaggiose e convenienti in relazione alle condizioni stabilite nella originaria lettera di invito e che, dunque, l'amministrazione aggiudicatrice abbia voluto valutare dette offerte non solo tra di loro ma anche in relazione all'ulteriore offerta aggiuntiva della P. S.r.l., avviando cioè un'atipica forma concorsuale, era necessario consentire a quest'ultima di "dialogare" con l'amministrazione, ponendo dunque le due imprese concorrenti sullo stesso piano: ciò in concreto non è stato fatto, proprio in violazione dei principi fondamentali di *par condicio*, di pubblicità, di trasparenza, di logicità e di imparzialità che devono presiedere allo svolgimento della gare pubbliche.

Né vi è stata alcuna motivazione al contestato comportamento dell'Amministrazione aggiudicatrice, non potendosi a tal fine invocare né la discrezionalità dell'Amministrazione (che notoriamente non coincide con l'arbitrarietà), né la convenienza e l'interesse pubblico che, com'è noto, trovano al contrario tutela nella procedimentalizzazione dell'esercizio del potere e nel rispetto delle regole che, in modo evidente, nel caso di specie, è assolutamente mancato.

La decisione dei primi giudici è assolutamente corretta e condivisibile, non potendosi negare che sono state palesemente violate nel caso di specie le fondamentali regole di imparzialità, buon andamento, logicità e segretezza che devono presiedere, per il rispetto dei principi fissati dall'articolo 97 della Costituzione, all'azione amministrativa ed alla scelta del contraente nelle procedure ad evidenza pubblica.

II.3.- È ugualmente infondato anche il quarto motivo di gravame sollevato dalla società appellante, secondo cui i primi giudici non avrebbero potuto annullare gli atti di gara, così come richiesto dalla impresa ricorrente in primo grado, l'intervento caducatorio dovendo essere limitato alla sola parte del procedimento concorsuale ritenuto invalido.

Osserva al riguardo la Sezione che, in realtà, dall'attento esame del contenuto della sentenza impugnata risulta annullato esclusivamente il provvedimento di aggiudicazione del servizio di fornitura del gas oggetto della contestata procedura concorsuale, proprio in quanto frutto di un'erronea interpretazione ed applicazione della stessa possibilità prevista nella lettera di invito di integrare e migliorare le originarie offerte presentate.

L'effetto della pronuncia di annullamento (che non riguarda evidentemente la validità dei contratti già stipulati, trattandosi di questione che fuoriesce dalla cognizione del giudice amministrativo) comporta quindi non già l'annullamento della intera procedura, bensì solo di quella parte della procedura concorsuale successiva alla presentazione delle originarie offerte da parte delle imprese partecipanti alla gara, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice anche nel sub – procedimento finalizzato alla integrazione ed al miglioramento delle offerte già presentate, attenersi al rispetto dei principi generali che presidono allo svolgimento delle procedure per la scelta del contraente.

III.- Le osservazioni svolte *sub*. II sono idonee a respingere anche l'appello incidentale proposto dall'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia, nella parte in cui le relative censure,

come sopra rilevato, concernono l'asserita erroneità della sentenza per aver accolto il secondo motivo del ricorso proposto in prime cure dalla P. S.r.l..

Quanto al motivo di censura relativo all'asserita erroneità del capo della sentenza che ha disposto la condanna alle spese del giudizio di primo grado, si tratta di una doglianza assolutamente infondata.

Infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui non vi è motivo di discostarsi, la statuizione del giudice di primo grado sulle spese di giudizio costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, ispirato peraltro anche a ragioni di equità e di convenienza, che la rende come tale insindacabile, fatta eccezione per il caso di condanna della parte totalmente vittoriosa oppure di condanna al pagamento di somme palesemente esorbitanti o irrazionali (C.d.S., sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2832; 4 febbraio 2003, n. 537; 18 ottobre 2002, n. 5731; 18 dicembre 2001, n. 6292).

Nel caso di specie non è revocabile in dubbio che la statuizione sulle spese ha riguardato effettivamente solo la parte soccombente, non potendo neppure assimilarsi ad un'ipotesi di soccombenza parziale la circostanza che sia stato ritenuto fondato uno solo dei (due) motivi di censura sollevati avverso il provvedimento di aggiudicazione e la procedura concorsuale in esame, atteso che entrambi sono stati annullati interamente (e non pro parte); né d'altra parte la contestata statuizione sulle spese può ritenersi arbitraria o illogica per il solo fatto che è stata respinta la domanda risarcitoria proposta con il ricorso introduttivo del giudizio.

IV.- Passando all'esame dell'appello incidentale proposto da P. S.p.A. (già P. S.r.l.), cui è succeduta la T.G.C. S.p.A. (sulla cui legittimazione non vi è stata alcuna contestazione), la Sezione rileva che esso è in parte improcedibile ed in parte infondato.

IV.1.- Invero, la circostanza che l'appello principale della società D.I.C. s.r.l. e quello incidentale dell'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia siano stati rigettati con conseguente conferma della impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato illegittimi i provvedimenti impugnati (ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione del servizio di fornitura del gas in favore della D.I. S.r.l. e la relativa procedura ad evidenza pubblica, eccezion fatta per i contratti già stipulati, per le ragioni sopra esposte) rende improcedibile l'appello incidentale della P. S.p.A. (già P. S.r.l.) nella parte in cui ha sostenuto la fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di prime cure, asseritamente erroneamente rigettato dai primi giudici, difettando al riguardo ogni interesse ad ottenere una pronuncia sul punto.

IV.2.- Quanto al capo della sentenza che ha respinto la domanda risarcitoria, la Sezione non può non rilevare che, come correttamente rilevato dai primi giudici, la posizione giuridica della originaria ricorrente e dei soggetti ad essa succeduti deve considerarsi integralmente reintegrata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, a cui consegue il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente verificando se procedere ulteriormente all'aggiudicazione della gara sulla scorta delle originarie offerte ovvero all'annullamento della gara avviata con la lettera di invito del 30 ottobre 2003 e all'avvio di una nuova procedura concorsuale sulla base dei nuovi elementi emersi con la offerta aggiuntiva della P. S.r.l.

Solo all'esito del nuovo esercizio di tale potere potrà essere eventualmente valutata ai fini risarcitori la posizione della P. S.r.l. e dei soggetti ad essa succeduti.

V. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, devono essere respinti tanto l'appello principale proposto dalla Società D. S.r.l. quanto l'appello incidentale della A.T.E.R. della Provincia di Pistoia; deve essere dichiarato in parte improcedibile ed in parte deve essere respinto l'appello incidentale proposto dalla P. S.r.l. ora T.G.C. S.p.A.

La reciproca soccombenza fra le parti giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M. - Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso principale proposto dalla D. S.r.l. e sugli appelli incidentali proposti dall'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia e dalla P. S.p.A. (già P. S.r.l.), cui è succeduta la società T.G.C. S.p.A., avverso la sentenza n. 2086 del 17 giugno 2004 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, così provvede:

– respinge l'appello principale e respinge altresì l'appello incidentale dell'A.T.E.R. della Provincia di Pistoia;

– dichiara in parte improcedibile ed in parte respinge l'appello incidentale di P. S.r.l., ora T.G.C. S.p.A.;

– dichiara compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

– Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa».