

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 29 settembre 2004, n. 4197



N. 4197/04 Reg.Sent.

N. 855/04 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3^a ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 855/04 proposto da

ENIG COSTRUZIONI s.r.l.

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Perego e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Largo Augusto, 8

contro

AZIENDA MULTISERVIZI COMUNALI s.p.a. (AMSC)

con sede in Gallarate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Ravizzoli, con domicilio *ex lege* (art.35 R.D. n.1054/24) presso la segreteria del TAR in Milano, via Conservatorio 13

per l'annullamento

- della clausola del bando, pubblicato dalla AMSC il 14.11.03; del provvedimento enunciato nella raccomandata 15.12.2003, prot. 014592 di annullamento e di non aggiudicazione della gara telematica avvenuta in data 5.12.2003, assunto dal Consiglio di Amministrazione dell'AMSC, nonché di ogni altro atto connesso, tra cui, in particolare,

l'atto di avvio del procedimento di revoca della gara comunicato con lettera datata 23 gennaio 2004 n.000699;

e per la condanna

della AMSC al risarcimento dei danni subiti da ENIG s.r.l.;

visto il ricorso notificato in data 9 febbraio 2004 e depositato in data 16 febbraio 2004;

visti i motivi aggiunti di impugnazione (notificati in data 18 febbraio 2004 e depositati il 19 febbraio 2004), proposti per l'annullamento del provvedimento assunto con il verbale

9 dicembre 2003 del CdA della AMSC, con il quale si è stabilito di procedere all'annullamento e/o alla revoca della gara per i lavori di posa tubazioni reti acquedotto e gas;

visti gli ulteriori motivi aggiunti di impugnazione (notificati in data 8 marzo 2004 e depositati il 12 marzo 2004), proposti per l'annullamento del provvedimento n. 002004

del 18 febbraio 2004, con il quale è stata disposta la revoca della gara per i lavori di posa tubazioni reti acquedotto e gas;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda intimata;

viste le memorie difensive delle parti;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 29 aprile 2004, relatore il cons. Domenico Giordano,

l'avv. Davide Moscuza per la ricorrente e l'avv. Angelo Ravizzoli per la resistente;

ritenuto quanto segue in:

FATTO e DIRITTO

1) L'Azienda Multiservizi Comunali s.p.a. di Gallarate (di seguito: AMSC) ha contestualmente indetto due procedure di pubblico incanto ai sensi della l.n.109/94: una per l'affidamento dei lavori di posa delle tubazioni delle reti dell'acquedotto e del gas,

con un importo a base d'asta di € 400.000,00 + IVA e altra per i lavori di manutenzione delle reti dell'acquedotto e del gas, con un importo complessivo di € 500.000,00 + IVA. Per la partecipazione ad entrambe le gare, è richiesto il possesso dell'attestazione SOA per la qualificazione nella categoria OG6 con classifica 1; gli avvisi di gara recano anche una clausola che riserva alla stazione appaltante, a suo insindacabile giudizio, la facoltà di non procedere all'aggiudicazione definitiva.

Alle procedure di gara, che sono state espletate in data 5 dicembre 2003 con le modalità di asta telematica, ha partecipato ENIG COSTRUZIONI s.r.l. (di seguito: ENIG) che ha proposto il migliore ribasso (3%) nella prima gara e che è risultata invece seconda, con il ribasso dell'1,5%, nella gara avente ad oggetto la manutenzione delle reti.

Con nota raccomandata spedita in data 15 dicembre 2003 AMSC restituiva a ENIG la cauzione provvisoria da questa prestata a garanzia della partecipazione alla gara per i lavori di posa delle reti, comunicando al contempo che la gara in questione "è stata annullata non ritenendo questa Azienda soddisfacente l'esito".

Alla conseguente richiesta di chiarimenti presentata dalla società, AMSC ha replicato (con nota 23 gennaio 2004) ribadendo l'intento di procedere, a seguito del riesame dei contenuti del bando di gara, alla revoca della procedura nei termini precisati nel contestuale atto di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca e di non aggiudicazione della gara. Nell'atto di avviso (trasmesso a ENIG con raccomandata 23 gennaio 2004) la stazione appaltante ha posto in evidenza l'opportunità di richiedere ai concorrenti, in aggiunta al requisito di partecipazione previsto nel bando, ulteriori dimostrazioni circa la capacità economica- finanziaria e tecnica ritenute necessarie ad assicurare la regolare esecuzione dell'appalto.

2) Con il ricorso in epigrafe ENIG ha impugnato il bando di gara, nelle parti in cui attribuisce ad AMSC la facoltà insindacabile di non procedere all'aggiudicazione definitiva, nonché il provvedimento di annullamento della gara telematica e l'atto di avvio del relativo procedimento.

A sostegno dell'impugnazione, la ricorrente deduce: che la previsione di un potere assoluto e insindacabile, come quello che la stazione appaltante ha inteso riservarsi circa gli esiti della gara, contrasta con i principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e *par condicio* che devono informare l'agire amministrativo (1° motivo); che l'atto di annullamento della gara, per una generica e non meglio specificata insoddisfazione del suo esito, non precisa le ragioni che sorreggono detta determinazione (2° motivo); che l'atto di avvio del procedimento di revoca del bando è successivo e contraddittorio rispetto al precedente provvedimento di annullamento della gara (3° motivo); che, a fronte dell'assoluta identità dei requisiti richiesti nelle due procedure indette dall'amministrazione, è stato disposto l'annullamento soltanto di quella vinta da ENIG, il che concreta una ingiustificata disparità di trattamento (4° motivo).

Con ordinanza n.514 del 19 febbraio 2004 è stata accolta la domanda di sospensione cautelare dell'atto di annullamento della gara.

3) A seguito della domanda di accesso agli atti del procedimento, la società ricorrente ha acquisito conoscenza delle delibere assunte nelle sedute del 9 dicembre 2003 e del 22 gennaio 2004, con le quali il CdA di AMSC ha conferito al Presidente e al Direttore generale, nell'ambito delle loro rispettive competenze, il mandato di disporre la revoca della gara e l'indizione di una nuova procedura.

Tali delibere sono state impuginate con ricorso per motivi aggiunti, nel quale si

osserva che il riferimento, contenuto nel primo verbale, a pretese necessità operative non soddisfa i requisiti motivazionali che devono sorreggere l'esercizio del potere di autotutela (5° motivo); che l'esigenza, enunciata nel secondo verbale, di prevedere requisiti di partecipazione più severi della qualifica OG6 si pone in contrasto con l'art.1 D.P.R. n.34/2000 ed è comunque contraddetta dal diverso comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella gara parallela per la manutenzione delle reti (6° motivo).

4) Con atto 18 febbraio 2004 n.2004 il Direttore generale dell'AMSC ha disposto la revoca in autotutela della delibera di indizione della procedura di gara.

ENIG ha impugnato il provvedimento con nuovo ricorso per motivi aggiunti, deducendo che: la previsione dei requisiti ulteriori rispetto alla qualificazione SOA per certificare la capacità tecnica e finanziaria delle imprese non costituisce motivo idoneo a giustificare l'esercizio del potere di revoca e limita la massima partecipazione dei concorrenti (1° motivo); la richiesta di requisiti ulteriori alla qualifica è vietata dall'art.1, quarto comma, D.P.R. n.34/2000 (2° motivo); essa è comunque sproporzionata e non può trovare giustificazione nella pretesa complessità dei lavori, trattandosi di appalto di valore notevolmente inferiore all'ipotesi (opere aventi valore maggiore ai 40 milioni di euro) in cui la legge (art.3 D.P.R. cit.) ammette la possibilità di richiedere requisiti aggiuntivi alla qualificazione SOA, né nella pretesa specificità dei lavori, trattandosi di opere per la cui esecuzione la ricorrente possiede la qualificazione necessaria (3° motivo); il provvedimento di revoca trascura di prendere in considerazione le osservazioni presentate dall'interessata (4° motivo).

5) AMCS si è costituita in giudizio per contestare l'ammissibilità e la fondatezza delle deduzioni avversarie.

Con ordinanza 873 del 1° aprile 2004 è stata accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti ..

6) Entrambe le parti hanno depositato memorie difensive insistendo nelle rispettive conclusioni.

All'udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7) Devono innanzitutto esaminarsi le questioni in rito.

8) La difesa resistente, muovendo dal rilievo che la gara non è pervenuta alla fase di aggiudicazione nemmeno in forma provvisoria, sostiene che la posizione dell'impresa che ha presentato l'offerta risultata migliore in sede di gara avrebbe consistenza di mera aspettativa di fatto non definibile come posizione qualificata e differenziata alla rimozione degli atti di annullamento della procedura, con conseguente inammissibilità del ricorso.

L'eccezione non ha fondamento.

La partecipazione alla gara di appalto pone la ricorrente in una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato, che radica nell'impresa concorrente la legittimazione a sindacare gli atti di gara.

Al riguardo, è sufficiente considerare che l'interesse a ricorrere sussiste non soltanto quando l'annullamento dell'atto lesivo possa realizzare un interesse diretto ed immediato del ricorrente, ma anche quando esso obblighi l'amministrazione a riesaminare la situazione e ad emanare altri provvedimenti eventualmente idonei a garantire al privato un risultato favorevole.

Nel caso in esame è indubbio il vantaggio che l'interessata può trarre dall'eventuale annullamento degli atti di revoca della gara, posto che esso è idoneo a reintegrare la

ricorrente, che aspira all'aggiudicazione dell'appalto, nella posizione giuridica favorevole rappresentata dalla condizione di impresa risultata migliore offerente nella graduatoria finale.

L'impugnazione è quindi ammissibile e deve essere esaminata nel merito.

9) In proposito il Collegio ritiene di dover concentrare l'attenzione sulla determinazione assunta dal Direttore generale dell'AMSC in data 18 febbraio 2004, che rappresenta l'atto terminale del procedimento con il quale è stata disposta, in via definitiva, la revoca degli atti di indizione della procedura di gara cui ha partecipato la società ricorrente.

Il percorso argomentativo che ha condotto l'organo procedente alla determinazione impugnata può sintetizzarsi nei seguenti fondamentali passaggi:

-il bando ha richiesto, quale condizione per la partecipazione alla gara, il solo possesso della qualificazione nella categoria OG6, senza prevedere ulteriori requisiti in termini di esperienza tecnica maturata nel peculiare settore della posa di tubazioni acqua e gas, né circa la capacità economica acquisita dalle imprese nel settore medesimo;

-l'omessa formulazione di tali requisiti di esperienza e capacità potrebbe compromettere il buon esito dei lavori, dovendo i requisiti medesimi considerarsi necessari per assicurare alla stazione appaltante la partecipazione di imprese dotate di effettiva capacità di esecuzione di opere particolarmente complesse e peculiari, quanto a normative, tecnologie e condizioni di sicurezza, rispetto al più ampio *genus* della posa di tubazioni;

-si rende quindi necessaria l'indizione di una nuova gara, che contempri i requisiti non richiesti nel bando originario;

-non potendosi configurare situazioni consolidate dei privati, in quanto l'appalto

non è stato aggiudicato neanche in forma provvisoria, appare prevalente, rispetto alle aspettative dell'impresa prima classificata, l'interesse pubblico alla revoca degli atti di gara e all'indizione di un "nuovo bando emendato degli errori ed omissioni riscontrati".

10) Al riguardo il Collegio osserva quanto segue.

Deve in termini generali riconoscersi il potere dell'amministrazione di ritirare gli atti di gara in presenza di concrete ed adeguate ragioni di interesse pubblico (*cf. CdS V 3 febbraio 2000, n. 661; VI 14 gennaio 2000, n. 244*).

Tale potere riposa, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113 R.D. n. 827/1924), sul principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

La presenza di cause originarie di invalidità della procedura o l'insorgenza di specifiche ragioni di interesse pubblico abilitano la stazione appaltante a negare l'aggiudicazione definitiva quando questa si ponga in contrasto con sopravvenute esigenze dell'ente e possono anche consentire l'annullamento o la revoca della già disposta aggiudicazione (*cf. CdS, Sez. V 24 ottobre 2000 n.5710; IV 19 marzo 2003 n.1457*).

Naturalmente, l'esercizio di detto potere è subordinato alla ricorrenza di puntuali presupposti e incontra evidenti limiti connessi al fatto che, come riconosce la stessa difesa resistente, con l'indizione della gara la stazione appaltante assume con i concorrenti l'impegno di portare a compimento la procedura nei termini e alle condizioni fissate dalla *lex specialis*.

L'annullamento d'ufficio, infatti, è consentito solo in presenza di vizi originari dell'atto (c.d. invalidità originaria dell'atto). Il potere di annullamento d'ufficio, essendo espressione del potere di autotutela, non è soggetto a termini, ma non è atto dovuto e, per questo, presuppone non solo che l'atto da ritirare presenti un vizio di legittimità, ma anche che vi sia un interesse pubblico concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto, non riducibile alla mera esigenza di ripristino della legalità.

La revoca, invece, implica l'insorgenza di ragioni di convenienza che rendono opportuno disporre l'interruzione della procedura o il ritiro dell'atto, trovando essa il proprio fondamento nell'esigenza che l'azione amministrativa si adegui al mutato interesse pubblico. In sostanza, per l'esercizio di detto potere, è richiesto che l'atto non risponda più alle esigenze dell'ente e che sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto inopportuno.

Facendo applicazione di tali principi, il Collegio ritiene che, pur a prescindere dalla qualificazione del provvedimento impugnato (definito "revoca", ma che – dall'esame della motivazione – sembrerebbe basarsi piuttosto su asseriti profili di originaria illegittimità del bando), il potere di autotutela non sia stato correttamente esercitato dalla resistente.

11) Più in particolare, il Collegio reputa di non poter condividere la premessa che sorregge la determinazione impugnata: quella secondo cui i requisiti fissati nel bando originario debbano considerarsi inadeguati a garantire la capacità tecnica ed economica delle imprese ad eseguire le opere oggetto dell'appalto e richiedessero, quindi, di essere integrati con più puntuali "prescrizioni in ordine alla capacità e idoneità economica, finanziaria e tecnica" per i lavori considerati.

In proposito deve invece essere apprezzato l'assunto della ricorrente, secondo cui il possesso della qualificazione attestata dalla certificazione SOA è sufficiente ad assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori di cui trattasi, nonché a garantire la stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'impresa certificata.

E, invero, l'art. 1 del D.P.R. n. 34 del 25 gennaio 2000 prevede che quanto attestato dalla SOA è necessario e sufficiente a certificare la capacità tecnica ed economico-finanziaria; (comma 3: "fatto salvo quanto stabilito all'art.3, commi 6 e 7, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici").

In tal senso è inequivoco il disposto di cui al quarto comma della disposizione in esame, laddove si stabilisce che "le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo".

Ne consegue che l'attestazione SOA rilasciata all'interessata è sufficiente ad accreditare, in capo alla stessa, i requisiti generali relativi alla capacità tecnica e finanziaria, il cui possesso non può essere messo in discussione dalla stazione appaltante.

La dimostrazione del fatturato per lavori analoghi già eseguiti costituisce, invece, un requisito aggiuntivo alla attestazione di qualificazione, che è consentito richiedere da parte della stazione appaltante soltanto nel caso in cui il bando di gara preveda l'attestazione SOA nella classifica VIII (*cf. TAR Puglia, Bari 29 ottobre 2003 n.3997*).

12) Al riguardo è indubbio che la finalità cui è preordinata la procedura

concorsuale sia quella di garantire la selezione dei soggetti che offrano garanzie di affidabilità finanziaria e di capacità professionale nell'esecuzione delle prestazioni richieste.

Tuttavia, l'indice di tale idoneità professionale può rinvenirsi soltanto nelle situazioni che la legge espressamente considera rilevanti a tali fini. In tale quadro residua all'amministrazione procedente il potere di valutare, in concreto, la ricorrenza dei presupposti astrattamente definiti dalla legge, ma non la facoltà di riconoscere autonomo rilievo a ulteriori situazioni abilitanti, non previste dalle norme di settore, ma liberamente determinate dalla singola stazione appaltante.

Questa gode di margini di discrezionalità nella definizione dei profili formali della procedura, e nell'esercizio di tale facoltà può specificare gli adempimenti documentali da osservare, nel rispetto comunque dei canoni di ragionevolezza e del divieto di aggravamento del procedimento, ma è da escludere che i concorrenti in possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici possano essere privati della capacità di contrattare con la P.A., per effetto dell'introduzione, attraverso singole previsioni del bando di gara, di requisiti aggiuntivi che possano tradursi in situazioni ostative al conseguimento della qualificazione alla gara.

In tal senso, l'amministrazione è già adeguatamente tutelata proprio dalle previsioni contenute nell'art.1 del regolamento, senza che possa, sotto tale profilo, crearsi utilmente una sorta di presunzione di inaffidabilità fondata sull'asserita specificità delle prestazioni oggetto del contratto.

Ciò in quanto il sistema normativo che presidia l'affidamento degli appalti pubblici non riconosce alla stazione appaltante un autonomo potere di integrazione dei requisiti

generali di qualificazione ai pubblici incanti e, per quanto ispirato a criteri di rigore, di certezza e di ritualità, è comunque volto a garantire il libero accesso dei concorrenti ed è improntato al favor per la massima partecipazione alle gare, nel proposito di predisporre le condizioni per una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte.

Nel caso di specie, la società ricorrente, in possesso dell'iscrizione nella categoria OG6, è qualificata all'esecuzione delle opere di costruzione delle reti di distribuzione, dei gasdotti e degli acquedotti completi degli impianti tecnici necessari, per cui essa deve ritenersi abilitata all'esecuzione di opere affatto analoghe a quelle oggetto dell'appalto.

Il che pare sufficiente ad evidenziare l'illogicità del richiamo alla specificità e alla complessità dei lavori, nonché alla loro localizzazione, mediante cui l'amministrazione ha inteso giustificare la necessità di integrare i requisiti richiesti dal bando, trattandosi di aspetti che non possono formare oggetto di autonoma valutazione in quanto assorbiti dal possesso della qualificazione che attesta la specifica capacità produttiva dell'impresa nel settore oggetto dell'appalto.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve ritenersi fondato e, conseguentemente, deve essere annullato il provvedimento di revoca assunto dall'azienda resistente.

13) Per completezza di esposizione deve al riguardo precisarsi che il potere esercitato non può trovare radice nella clausola del bando con cui la stazione appaltante si è riservata la facoltà insindacabile di non procedere all'aggiudicazione, senza l'obbligo di renderne note le ragioni.

Detta clausola deve invero ritenersi non conforme a legge, e deve conseguentemente essere annullata, perché in contrasto con il principio dell'obbligatorietà della

motivazione sancito dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, oltre che con quelli di legalità, imparzialità e buona amministrazione, che non consentono l'esercizio di un potere arbitrario.

La giurisprudenza ha già avuto occasione di precisare che clausola contenuta nel disciplinare di gara, secondo cui l'amministrazione ha la facoltà di stipulare o non il contratto con la ditta risultata provvisoriamente aggiudicataria deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti (*cf.* *CdS sez. VI, 30 settembre 1997 n. 1418*).

Una diversa interpretazione che tenda invece a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà, configurandola alla stregua di una condizione meramente potestativa, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1355 cod.civ.

14) Tanto premesso, resta da esaminare l'ulteriore pretesa al risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente.

Al riguardo deve osservarsi che la sospensione dell'efficacia del provvedimento di revoca impugnato (disposto con l'ordinanza n.873 in data 1 aprile 2004), unitamente alla delibera del CdA 20 aprile 2004 e alla connessa comunicazione 28 aprile 2004 di affidamento dell'appalto alla ricorrente (assunta in esecuzione della richiamata ordinanza), comportano la piena soddisfazione delle pretese della ricorrente, senza che sia necessario adottare decisioni specifiche in punto risarcimento del danno.

A seguito dell'annullamento dei provvedimenti impugnati, infatti, torna ad essere efficace il provvedimento con il quale la gara era stata precedentemente aggiudicata in

via provvisoria alla ENIG (*report* offerte del 5 dicembre 2003), dal che deriva la completa reintegrazione nella posizione che l'interessata aveva acquisito, con esclusione di ogni altro tipo di risarcimento.

In tal modo l'interesse sostanziale della ricorrente è pienamente assicurato mediante reintegrazione in forma specifica nella situazione soggettiva dedotta in giudizio, per cui non deve riconoscersi alcuna altra forma di risarcimento per equivalente (*cf. CdS VI 4 settembre 2002 n.4435*).

Quanto alle spese, sussistono validi motivi per disporre la integrale compensazione fra le parti in causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 855/04 così dispone:

-accoglie il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti; per l'effetto annulla i provvedimenti con essi impugnati e meglio specificati in motivazione;

-compensa per intero le spese tra le parti.

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

Così deciso in Milano il 29 aprile 2004 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - presidente

Domenico Giordano - cons. est.

Gianluca Bellucci - 1° ref.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(art. 55, l. 27.4.1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione