



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla Burlandi Franco S.r.l., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore
Napolitano e Michele De Cilla e presso lo studio del primo elettivamente
domiciliata in Roma via Zara n. 16;

contro

ENEA - Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente, l'Autorità di
vigilanza sui lavori pubblici, in persona dei legali rappresentanti p.t.,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati ex
lege in via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. 3°-
ter n. 11966/2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti del ricorso;

N.8292/04

Reg.Dec.

N. 1240 Reg.Ric.

ANNO 2004

Disp.vo n. 393/2004

N.R.G. 1240/2004

Relatore alla pubblica udienza del 25 giugno 2004 il Cons. Roberto Garofoli;

Uditi l'avv. Napolitano e l'avv. dello Stato Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con i ricorsi riuniti in primo grado l'odierna appellante ha impugnato la determinazione con cui l'ENEA ha provveduto all'annullamento in autotutela della procedura indetta per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria e di modifica degli impianti elettrici e telefonici del Centro ricerche di Frascati.

Nel dettaglio, la stazione appaltante, dopo aver aggiudicato l'appalto all'odierna ricorrente a seguito di una procedura nella quale la soglia di anomalia era stata calcolata considerando, in linea con le previsioni del bando (come rettificato prima della scadenza dei termini originariamente previsti), le sole offerte presentate dalle imprese in possesso non solo dell'attestazione SOA per le opere della ctg. OS 30, class. III, ma anche dell'autorizzazione per la cl. di I grado ex DM n. 314/1992, ha annullato d'ufficio l'intera procedura di gara: a ciò l'ENEA si è determinata dopo aver interpellato l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici che, con nota n. 1351 del 22 gennaio 2003, aveva rimarcato l'esclusività del sistema di qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2000 e l'afferenza dell'autorizzazione ex D.M. n. 314/1992 alla fase esecutiva, non anche a quella relativa al riscontro dei requisiti di partecipazione.

Avverso la sentenza con cui il primo Giudice ha respinto il ricorso insorge la società appellante sostenendone l'erroneità e chiedendone

N.R.G. 1240/2004

l'annullamento.

All'udienza del 25 giugno 2004 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

2. Premesso che il primo Giudice non ha ascrivito certo un decisivo rilievo, nell'argomentare la reiezione del ricorso, al fatto che il requisito dell'autorizzazione ex DM. p. 314/1992 sia stato richiesto non originariamente nel bando, ma in sede di rettifica, peraltro tempestiva, dello stesso, giova subito chiarire che nel caso di specie non può discutersi della titolarità in capo alla stazione appaltante di un potere di disapplicazione delle regole dalla stessa dettate nell'enucleare la *lex spexialis*.

Ed invero l'ENEA non ha affatto disapplicato il bando: al contrario, dopo aver, fatto applicazione dei requisiti di partecipazione richiesti nel bando, ha agito in autotutela annullando la gara sul ritenuto presupposto della illegittimità di talune previsioni contenute nella *lex specialis*, destinate ad inficiare l'intera procedura e ad alterarne i risultati.

Non è in discussione, quindi, la questione relativa alla titolarità di un potere di disapplicazione, quanto, invece, il legittimo o meno esercizio del potere di autotutela.

3. Sul punto il Collegio condivide quanto sostenuto dal Giudice di prima istanza in merito alla tendenziale esclusività del sistema di qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2000 e alla difficile compatibilità della suindicata previsione inserita nel bando rettificato con l'evoluzione del

N.R.G. 1240/2004

quadro normativo anche europeo cui soggiacciono le prestazioni di servizi di telecomunicazione.

Sul primo versante, in particolare, va escluso che, in assenza di previsioni normative speciali, la stazione appaltante possa pretendere forme di qualificazione ulteriori e più limitative rispetto a quella disciplinata dall'art. 8, L. n. 109/1994, tanto più quando la restrizione implicata dalla *lex specialis* sia irragionevolmente contrastante con indisponibili principi di rango anche comunitario.

Né tale contrasto può considerarsi nel caso di specie giustificato dalla peculiarità dei lavori da appaltare e della relativa composizione.

Ciò posto quanto alla illegittimità della clausola del bando, deve considerarsi che l'amministrazione appaltante, constatata la illegittimità di una clausola del bando di gara, è senz'altro titolare del potere di annullare d'ufficio la clausola del bando ritenuta viziata e di attendere quindi in via di autotutela, tanto più come nel caso di specie in assenza di posizioni consolidate, alla caducazione dell'intera procedura di gara irrimediabilmente e conseguentemente inficiata sì da poter procedere alla sua riedizione mediante l'emanazione di un bando emendato dalla clausola illegittima.

Alla stregua delle esposte assorbenti ragioni va dunque respinto l'appello.

4. Va respinta inoltre l'istanza di risarcimento in considerazione da un lato di quanto rilevato in merito alla legittimità del provvedimento impugnato, dall'altro della oggettiva non inequivocità dei profili interpretativi involti nella vicenda amministrativa.

N.R.G. 1240/2004

5. Sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione tra le parte delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI) respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, 25 giugno 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI) in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE	Presidente
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Giuseppe MINICONE	Consigliere
Guido SALEMI	Consigliere
Roberto GAROFOLI	Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

N.R.G. 1240/2004

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria