

Società di Intermediazione Finanziaria inglese che non risulta iscritta nello speciale registro previsto dall'articolo 107 del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, richiamato dall'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109: legittima l'esclusione della ditta partecipante che ha presentato una tale garanzia, senza che sia ipotizzabile la violazione delle norme comunitaria in tema libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi, atteso che non è stato neppure dedotto che la normativa italiana impedisce agli intermediari finanziari stranieri di ottenere l'iscrizione nel predetto speciale registro (se abbiano i requisiti previsti dalla normativa italiana).

La decisione numero 5360 del 5 ottobre 2005 del Consiglio di stato merita di essere segnalata per l'importante seguente principio in essa contenuto:

< La innovazione introdotta proprio dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, pur allargando la sfera dei soggetti legittimati a prestare la garanzia, si riferisce esclusivamente ai soli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 de D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, per i quali è previsto, in via generale, un particolare controllo circa "l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nonché l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni", salve ulteriori disposizioni con riferimento a determinati tipi di attività volti ad assicurarne il regolare esercizio.

Ciò posto, deve innanzitutto rilevarsi che in presenza di una così precisa disposizione contenuta nel bando di gara, la commissione di gara non poteva che escludere dalla gara l'Impresa che effettivamente aveva presentato a corredo dell'offerta una fidejussione prestata da un soggetto (società finanziaria) non iscritto nell'elenco speciale di cui al ricordato articolo 107 del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e quindi non legittimato secondo le speciali ed inderogabili disposizioni contenute nell'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (deve aggiungersi, peraltro, che la predetta qualità della finanziaria inglese non è stata giammai contestata né dall'Impresa e tanto meno dalla società appellante).

Alla luce di tale inderogabile concervo normativo, inoltre, diversamente da quanto sostenuto disinvoltamente dalla società appellante, non sussisteva alcun obbligo per la commissione di gara di verificare in concreto l'affidabilità finanziaria della predetta società, atteso che il giudizio (negativo sulla stessa, in quanto non iscritta nel ricordato elenco speciale) era già stato dato direttamente dal legislatore, cui non poteva sostituirsi l'amministrazione, tanto più che quest'ultima ed in particolare la commissione di gara non può modificare le norme da essa stessa poste nel bando di gara (risultando in caso contrario inammissibilmente violata in modo fin troppo evidente – con riferimento al caso di specie - la par condicio delle imprese concorrenti).>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG 1898 dell'anno 2004 proposto da *** PAOLO, in proprio e quale titolare dell'impresa CP di *** geom. Paolo, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Tolentinati e Giulio Cevolotto, con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, via A. Bennicelli 27 (presso lo studio del secondo);

contro

ATER – Azienda Territoriale per l’Edilizia Residenziale della Provincia di Verona, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Rigetti e Luigi Manzi, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via F. Gonfalonieri, n. 5;

e nei confronti di

IMPRESA COSTRUZIONI *** S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall’avvocato Gian Paolo Sardos Alberini, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 19;

nonché

IMPRESA EDILE *** CLAUDIO, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per l’annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Veneto, sezione I, n. 3382 del 16 settembre 2004;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati ed i successivi motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’A.T.E.R. – Azienda Territoriale per l’Edilizia Residenziale per la Provincia di Verona e dell’Impresa Costruzioni *** S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 188 del 6 aprile 2005;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 4 aprile 2005 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le parti gli avvocati Tolentinati, Manzi Andrea su delega dell’avv. Manzi Luigi, e Sardos Albertini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

L’Azienda Territoriale per l’Edilizia Residenziale (A.T.E.R.) della Provincia di Verona con bando in data 30 ottobre 2002 indiceva una gara per l’esecuzione dei lavori di “restauro conservativo con adeguamento per cambio di destinazione d’uso a residenziale e costruzione di garages pertinenziali di parte del fabbricato in comune di Verona, Lungadige Re Teodorico – via S. Maria Rocca Maggiore – ex Provveditorato agli studi – completamento del recupero residenziale in comune di Cavaion Veronese VR, fraz. Sega – Corte Palazzo”, da affidare mediante licitazione

privata, con il criterio di cui all'art. 21, comma 1/c, della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni, per un importo a base d'asta di € 2.270.581,83, I.V.A. esclusa.

Secondo le previsioni del predetto bando di gara, l'aggiudicatario dell'appalto era inoltre tenuto:
a) all'acquisto della parte dell'immobile sito nel comune di Verona prospettante Lungadige Re Teodorico, come indicato negli elaborati grafici esecutivi di appalto per complessivi circa mq. 1890 al prezzo di € 2.270.000.000, oltre I.V.A., oltre alla quota parte del costo della direzione lavori e della sicurezza pari a € 73.000 (cui andavano aggiunti i relativi oneri concessori quali il costo di costruzione e gli oneri di urbanizzazione); i beni erano vincolati ai sensi del decreto legislativo n. 490 del 1999; l'acquisto sarebbe dovuto avvenire entro la data di sottoscrizione del contratto di appalto dei lavori; b) al recupero edilizio della porzione di fabbricato oggetto della compravendita, comprese le opere relative alle parti comuni, con esclusione delle finiture interne, entro il medesimo termine del contratto di appalto dei lavori, nel rispetto delle condizioni e del progetto esecutivo approvato dall'A.T.E.R. di Verona e posto in appalto.

L'impresa *** geom. Paolo, che con istanza in data 5 dicembre 2002, aveva chiesto di partecipare alla predetta gara e che era stato regolarmente invitata (giusta nota prot. 126 dell'8 gennaio 2003), veniva esclusa dalla predetta gara, giusta verbale rep. 2787 del 27 febbraio 2003, per incompletezza della domanda ed in particolare: per non aver precisato se la sua partecipazione avveniva in qualità di impresa singola/capogruppo a.t.i./mandante a.t.i.; per non aver effettuato le opzioni previste nelle dichiarazioni di cui alla lettera di invito – lett. h (legge n. 68 del 1999) e lett. j (piani individuali di emersione di cui alla legge n. 383 del 2001).

Con lo stesso ricordato verbale la Commissione di gara dichiarava provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto l'impresa Costruzioni *** S.r.l.

Con ricorso giurisdizionale notificato il 5 marzo 2003 (NRG. 488/03), il geom. *** Paolo, in proprio e quale titolare dell'impresa CP di *** Paolo, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto l'annullamento del citato provvedimento di esclusione dalla gara e di aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'Impresa Costruzioni *** S.r.l. (di cui al verbale della Commissione di gara rep. 2787 del 17 febbraio 2003), nonché (se occorrente) dell'invito alla licitazione privata prot. 126 dell'8 gennaio 2003.

L'impugnativa era affidata a quattro articolati motivi di censura, con cui parte ricorrente lamentava:

1) "Illegittimità per violazione dell'art. 17 della legge 68/99, dell'art. 1 bis, comma 14, della legge 383/2001 e dell'art. 3 della legge 241/90, per violazione del principio della più ampia partecipazione alla gara, per violazione della lex specialis contenuta nel bando e nell'invito alla licitazione privata nonché per eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della motivazione erronea e incongrua": a differenza di quanto deciso dalla commissione di gara, non sussisteva la asserita incompletezza della domanda, atteso che il modello di istanza di ammissione alla gara e dichiarazione unica, allegata all'invito alla licitazione privata, nei punti contestati dall'amministrazione appaltante era idoneo ad essere completato, sia per mancanza di spazio, sia per la mancata indicazione delle modalità di completamento; ciò senza contare che, per un verso, non vi poteva essere alcun dubbio sulla sua qualità di partecipante alla gara quale impresa singola e che, per altro verso, la sottoscrizione dell'istanza di ammissione alla gara era sufficiente ad attestare che non vi erano ostacoli alla sua partecipazione alla gara, non sussistendo situazioni di incompatibilità o preclusioni derivante da leggi speciali, così che era del tutto irrilevante la asserita omessa indicazione delle opzioni relative alle dichiarazioni per le leggi n. 68 del 1999 e n. 383 del 2001 (trattandosi, in definitiva, di dichiarazioni superflue).

Diversamente opinando, sempre ad avviso del ricorrente, l'invito alla gara ed il modello di istanza erano da considerare ambigui ed oscuri, con conseguente illegittimità dell'esclusione dalla gara, alla stregua del consolidato indirizzo giurisprudenziale che, nel dubbio, privilegia il principio della più ampia partecipazione possibile alla gara.

2) "In subordine, illegittimità per violazione del bando di gara, per violazione di legge e per eccesso di potere sotto il profilo della illogicità manifesta e della carenza ed incongruità della motivazione, nonché per violazione dell'art. 3 della legge 241/90": le opzioni, la cui asserita omissione aveva determinato l'esclusione dalla gara, erano contenute solo nella lettera d'invito e non nel bando di gara, cosa che rendeva illegittima la lettera d'invito per stridente contrasto proprio con il predetto bando di gara; in ogni caso non solo le dichiarazioni di cui alle leggi n. 68 del 1999 e n. 383 del 2001 non rilevavano in sede di ammissione alla gara, ma soltanto in sede di aggiudicazione, per quanto, in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici, non poteva essere disposta l'esclusione della gara in presenza di dichiarazioni asseritamente incomplete e/o contraddittorie, riguardanti fatti o condizioni, di cui, tuttavia, come nel caso di specie, poteva accertarsi facilmente la reale consistenza.

3) "In ulteriore subordine, illegittimità per violazione dell'art. 6, comma 1 della legge 241/90, dell'art. 28 della direttiva Cons. CEE n. 93/37, dell'art. 21 del D. L.vo 406/91, dell'art. 16 del D. L.vo 157/95, dell'art. 18 ultimo comma della legge 584/77, per violazione del bando e della lettera d'invito e per eccesso di potere sotto il profilo della carenza d'istruttoria, della illogicità manifesta e del difetto di motivazione con conseguente violazione anche dell'art. 3 della legge 241/90": la previsione dell'esclusione della gara per incompletezza della dichiarazione o della documentazione (peraltro contenuta solo nella lettera d'invito e non anche nel bando di gara) costituiva una mera clausola di stile, priva di valore precettivo che non avrebbe giammai potuto comportare la esclusione automatica dalla gara, essendo - al contrario - indispensabile la espressa indicazione delle ragioni per cui la presunta incompletezza determinava l'esclusione dalla gara; d'altra parte, non solo non era dato comprendere in che modo la riscontrata incompletezza della istanza di partecipazione poteva influire sulla par condicio dei concorrenti, per quanto la stessa clausola di esclusione era di per sé contraddittoria, facendo riferimento ora all'incompletezza della dichiarazioni, ora all'incompletezza della documentazione; peraltro, le clausole di esclusione automatica dalla partecipazione alla gara dovevano essere interpretate ed applicate secondo un canone di ragionevolezza e buona fede, cosa che non era avvenuto nel caso di specie, in cui la asserita incompletezza della domanda di partecipazione alla gara era conseguenza della utilizzazione della modulistica, ambigua ed incompleta, predisposta dalla stessa amministrazione appaltante e ciò senza considerare che la commissione di gara, prima di disporre la esclusione della gara, avrebbe dovuto invitare la impresa interessata a regolarizzare la domanda incompleta;

4) "Illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere": le illegittimità verificatesi erano così gravi e macroscopiche da rendere verosimile che l'interesse perseguito con i provvedimenti impugnati non era quello pubblico, ma quello - privato - di favorire la controinteressata, provvisoriamente aggiudicataria della gara.

L'adito Tribunale, sez. I, pronunciandosi sull'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, con ordinanza n. 118 del 12 marzo 2003, considerato che al fine di verificare l'interesse al ricorso era necessaria l'apertura dell'offerta presentata dalla ditta ***, sospendeva (nelle more) gli atti impugnati, rinviando la trattazione dell'istanza cautelare alla camera di consiglio del 16 aprile 2003.

Con altro ricorso giurisdizionale notificato il 26 marzo 2003 (NRG. 663/03), il predetto geom. *** Paolo, sempre nella qualità in atti, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto: I) l'annullamento: a) del provvedimento della Commissione di gara di cui al verbale n. 2 del 20 marzo 2003 con cui veniva esclusa dalla predetta gara l'impresa *** Claudio per asserita irregolarità della documentazione; b) del contestuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'Impresa Costruzioni *** S.r.l.; c) del provvedimento con cui il Presidente della commissione di gara aveva invitato le ditte partecipanti per la riunione del 20 marzo 2003 (in cui erano stati assunti i provvedimenti sub a) e b)); d) della clausola n. 6 del bando di gara del 30 ottobre 2002, nonché dell'invito alla licitazione privata (punti 8 e 9, pagg. 6 e 7), in relazione alla cauzione provvisoria e alla fideiussione a garanzia della sottoscrizione dell'atto di acquisto; e) di ogni altro e provvedimento presupposto; II) il risarcimento dei danni subiti, in forma specifica, ovvero per equivalente.

Tale impugnativa era affidata a dieci motivi di censura, con cui parte ricorrente denunciava:

- 1) "Illegittimità per violazione dell'ordinanza cautelare n. 118/03 del 12.3.2003 emessa nella causa promossa dall'impresa *** con ricorso n. 488/03 per violazione di legge ed eccesso di potere": essendo stati sospesi gli effetti, in via cautelare dei provvedimenti impugnati col primo ricorso, l'Amministrazione non avrebbe potuto riaprire il procedimento di gara e verificare la sua offerta economica (peraltro la più conveniente tra quelle presentate) e disporre, poi, nuovamente l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l.;
- 2) "Illegittimità per incompetenza, per violazione di legge, per violazione dello Statuto dell'A.T.E.R. e per eccesso di potere": una volta conclusi i lavori di propria spettanza ed esaurita, pertanto, la sua funzione, la commissione di gara non avrebbe potuto riconvocarsi; a tutto voler concedere, poi, il potere di riconvocazione della commissione sarebbe spettato solo al Consiglio di amministrazione dell'A.T.E.R. e non al presidente della stessa commissione di gara o direttore generale;
- 3) "Illegittimità per violazione degli artt. 7 e seguenti della legge 241/90 e s.m.i. e per eccesso di potere": in quanto il provvedimento di esclusione dalla gara dell'Impresa *** non era stato preceduto dalla necessaria comunicazione di avvio del procedimento, a tanto non potendo supplire il mero invito in data 18 marzo 2003 alla riunione del 20 marzo 2003;
- 4) "Illegittimità per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere": le operazioni di gara, già definitivamente concluse in data 27 febbraio 2003, non potevano essere riaperte, atteso che il momento determinante di verifica delle offerte e della documentazione coincideva con la formale apertura delle buste, operazione alla quale potevano partecipare i concorrenti svolgendo le opportune osservazioni e controllando la regolarità dell'ammissione delle offerte alla gara;
- 5) "Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto il profilo della carenza assoluta di motivazione sul punto decisivo": del tutto incomprensibilmente, senza alcuna specifica motivazione e senza dare atto delle eventuali indispensabili cautele adottate per l'integrità dei plichi contenenti le offerte, con il verbale n. 2 del 20 marzo 2003 era stata esclusa dalla gara l'Impresa *** per asserita irregolarità della documentazione prodotta, documentazione che invece era già stata positivamente riscontrata nella riunione del 27 febbraio 2003;
- 6) "Illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo della carenza, o quanto meno, della insufficienza della motivazione e per violazione dell'art. 3 L. 241/90": non era stato evidenziato alcun elemento atto a giustificare la sussistenza dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, per l'esclusione dalla gara dell'Impresa *** , non potendo considerarsi sufficiente il mero interesse

generico al ripristino della legalità violata, né essendo decisiva la mera circostanza che la cauzione e la fideiussione fossero state rilasciate da una società straniera non iscritta nell'elenco ministeriale, atteso che non era stato provato in alcun modo che tale società fornisse minori garanzie di affidabilità di quelle iscritte nei predetti elenchi ufficiali;

7) “Illegittimità per violazione del Trattato CEE – ed in particolare degli artt. 48 e 49 dello stesso – nonché per eccesso di potere e per violazione di legge”: l'esclusione dalla gara dell'Impresa *** per asserita irregolarità della cauzione e della fideiussione rilasciata da una società straniera (inglese), si risolveva in una inammissibile discriminazione di tale società a vantaggio di quelle italiane (e iscritte nell'elenco ministeriale);

8) “Illegittimità per violazione del principio di continuità della gara”: le operazioni di gara di cui al verbale n. 2 del 20 marzo 2003 erano state compiute a notevole distanza di tempo rispetto alle precedenti operazioni (definitivamente conclusesi il 27 febbraio 2003);

9) “Illegittimità per violazione del principio di pubblicità della gara”: non risultava provato che fossero state regolarmente invitate alla riunione del 20 marzo 2003 tutte le imprese che avevano presentato offerta per partecipare alla gara, tanto più che nessun rappresentante proprio dell'Impresa *** (oltre che dell'Impresa Mantovani) era stato presente alla predetta riunione;

10) “Illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere”: l'operato della commissione di gara non era stato finalizzato all'aggiudicazione dell'appalto alla impresa migliore offerente, ma esclusivamente a confermare il precedente provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l.

Con ordinanza n. 169 del 16 aprile 2003, l'adito Tribunale, sezione I, riuniti i ricorsi, respingeva l'istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati; detta ordinanza cautelare era confermata dall'ordinanza n. 3041 dell'11 luglio 2003, con cui la IV Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'appello cautelare proposto da *** Paolo, nella ricordata qualità.

Quest'ultimo, con ulteriore atto notificato tra il 2 e l'8 luglio 2003 (espressamente intitolato “Atto contenente motivi aggiunti e precisazioni delle originarie domande contenute nei suddetti ricorsi”), riportato integralmente il contenuto dei due precedenti ricorsi, impugnava per illegittimità derivata anche i successivi provvedimenti emanati dall'A.T.E.R. della Provincia di Verona (ed in particolare: a) il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l., di cui alla delibera del Consiglio di Amministrazione n. 2/13981 del 28 aprile 2003; b) il contratto di compravendita di quota e costituzione di condominio fra l'A.T.E.R. e l'aggiudicataria del 28 maggio 2003, rep. n. 84627; c) il relativo contratto di appalto lavori rep. 2803, pure in data 28 maggio 2003), insistendo anche nella già spiegata domanda risarcitoria, di cui si riservava l'ulteriore quantificazione dei danni subiti, formulando anche istanza istruttoria.

L'adito Tribunale amministrativo regionale del Veneto, sez. I, dopo aver emesso il dispositivo di sentenza n. 1 del 21 gennaio 2004, con la sentenza n. 3382 del 16 settembre 2004, riuniti i ricorsi, esaminato per priorità logica il secondo (essendo sollevate censure circa la legittimità del procedimento di gara), lo respingeva, ritenendo infondate tutte le censure sollevate, e dichiarava improcedibile il primo, per difetto di interesse.

Il geometra *** Paolo, in proprio e quale titolare dell'Impresa CP di *** geom. Paolo, dopo aver proposto con atto notificato il 19 febbraio 2004 appello con riserva dei motivi avverso il dispositivo di sentenza, adducendo la fondatezza delle ragioni fatte valere con i due ricordati ricorsi, erroneamente disconosciute dai primi giudici, dispositivo la cui richiesta di sospensione – fondata

sull'asserita esistenza di un danno grave ed irreparabile (atteso che la gara riguardava in realtà due separati lotti di lavori, per uno dei quali - quello relativo all'ex Provveditorato di Verona - le opere non erano ancora iniziate, così che la chiesta sospensione avrebbe potuto evitare la compromissione dei suoi interessi, essendo del tutto insufficiente a tal fine il risarcimento dei danni) - era respinta con ordinanza n. 2549 del 1° giugno 2004), con successivo atto notificato l'11 dicembre 2004 ha formulato motivi aggiunti di gravame, alla cui stregua ha denunciato la erroneità della statuizione impugnata, sia nella parte in cui ha respinto il secondo ricorso, sia nella parte in cui aveva dichiarato improcedibile il primo.

In particolare, dopo aver brevemente ripercorso le fasi salienti dell'intera vicenda, di fatto e giudiziaria, l'appellante ha – innanzitutto - dedotto che i primi giudici avrebbero erroneamente respinto il secondo ricorso (NRG. 663/03), superficialmente esaminando i motivi di censura con esso sollevati ed in alcuni casi, in particolare per i motivi sesto, ottavo, nono e decimo, addirittura omettendone l'esame, e comunque sbrigativamente respingendoli, con argomentazioni assolutamente non condivisibili, frutto di una parziale e approssimativa delibazione dei fatti e del materiale probatorio in atti.

I ricordati motivi del (secondo) ricorso (volti a contestare la legittimità delle operazioni con cui era stata sostanzialmente riaperta la gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori in questione, procedendosi alla immotivata ed incomprensibile esclusione dalla stessa dell'Impresa *** e alla nuova aggiudicazione (prima provvisoria e poi definitiva) dell'appalto alla Impresa Costruzioni *** S.r.l.) sono stati pertanto sostanzialmente tutti riproposti come mezzi di gravame, eccezion fatta per il primo.

L'appellante ha, poi, riproposto tutti i motivi sollevati col primo ricorso (NRG. 488/03, con cui era stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara per asserita incompletezza della domanda di partecipazione), dichiarato improcedibile a causa del rigetto del secondo ricorso sopra citato, insistendo per il suo accoglimento.

Infine, come logica conseguenza dell'accoglimento dei due ricorsi cioè dell'annullamento del provvedimento concernente sia la sua esclusione dalla gara, sia l'esclusione della Impresa Gobetti, nonché dell'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l. di esclusione, l'appellante ha, in via principale, chiesto – quale risarcimento del danno in forma specifica – l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori nell'edificio ex Provveditorato in suo favore, con ulteriore conseguente stipulazione di un nuovo contratto di appalto e di compravendita della specifica porzione di immobile di cui al bando di gara e alla lettera di invito; per quanto riguarda l'appalto dei lavori di Corte Palazzo ha chiesto invece il risarcimento dei danni per equivalente, specificandone l'entità per mancato utile in € 105.260,25 ovvero in € 87.716,87.

In via subordinata, infine, nell'ipotesi in cui non sia possibile il risarcimento in forma specifica l'appellante ha chiesto la condanna dell'A.T.E.R. al risarcimento del danno per equivalente, precisando l'entità ed instando, in ogni caso, per l'ammissione di una apposita consulenza tecnica d'ufficio per la effettiva completa quantificazione del danno stesso.

Si sono costituiti in giudizio sia l'A.T.E.R. della Provincia di Verona, sia l'Impresa Costruzioni *** S.r.l., che hanno dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, chiedendone il rigetto.

Le parti hanno poi illustrato diffusamente con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

DIRITTO

I. E' oggetto di gravame la sentenza n. 3382 del 16 settembre 2004 con cui il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, riuniti i ricorsi proposti da *** Paolo, in proprio e quale titolare dell'impresa CP di *** geom. Paolo, in relazione alla gara indetta dall'A.T.E.R. – Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale – della Provincia di Verona per l'appalto dei lavori di “restauro conservativo con adeguamento per cambio di destinazione d'uso a residenziale e costruzione di garages pertinenziali di parte del fabbricato in comune di Verona, Lungadige Re Teodorico – via S. Maria Rocca Maggiore – ex Provveditorato agli studi – completamento del recupero residenziale in comune di Cavaion Veronese VR, fraz. Sega – Corte Palazzo”, il primo, riguardante la propria esclusione dalla gara e la aggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa Costruzioni *** s.r.l., ed il secondo, concernente la successiva esclusione dalla gara dell'Impresa *** e la sostanziale conferma dell'aggiudicazione in favore della predetta Impresa Costruzioni *** S.r.l., ha respinto il secondo (NRG. 663/03), dichiarando improcedibile il primo (NRG. 488/03) per difetto di interesse.

L'appellante, insistendo sulla circostanza che se non fosse stata inopinatamente ed illegittimamente esclusa dalla gara l'offerta presentata dalla Impresa ***, la Commissione di gara, in presenza di cinque offerte valide, avrebbe dovuto applicare la procedura del c.d. taglio delle ali, al cui esito la sua offerta sarebbe risultata indiscutibilmente la più favorevole con conseguente aggiudicazione dell'appalto in suo favore, ha chiesto la riforma della prefata statuizione, lamentandone la erroneità, sia nella parte in cui sono stati respinti, in modo frettoloso e superficiale, senza alcun approfondito esame del materiale probatorio in atti, i motivi svolti con il secondo ricorso (cioè avverso il provvedimento di esclusione dalla gara della impresa ***), sia nella parte in cui – per effetto della dichiarata infondatezza del predetto secondo ricorso – è stato dichiarato improcedibile per carenza di interesse il primo ricorso (avverso il provvedimento con cui la sua offerta era stata addirittura esclusa dalla gara per incompletezza della domanda).

I motivi di gravame consistono nella sostanziale riproposizione di tutti i motivi di censura svolti con i ricorsi introduttivi dei giudizi di primo grado (eccezion fatta per il primo motivo del secondo ricorso), attraverso una argomentata contestazione delle motivazioni addotte dai primi giudici a loro confutazione.

Hanno resistito al gravame sia l'A.T.E.R. della Provincia di Verona, sia l'Impresa Costruzioni *** S.r.l., che ne hanno dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza, insistendo per il suo rigetto.

II. La Sezione osserva preliminarmente che, come peraltro correttamente ritenuto dai primi giudici (senza che sul punto sia stata svolta alcuna contestazione dall'appellante), la soluzione della controversia esige la preventiva delibazione della legittimità del provvedimento, di cui al verbale n. 2 del 20 marzo 2003 della Commissione di gara dell'A.T.E.R. della Provincia di Verona, che ha disposto l'esclusione dalla gara dell'Impresa *** per irregolarità della documentazione di gara, atteso che dalla sua soluzione dipende la sussistenza o meno in capo a *** Paolo, in proprio e nella qualità in atti, dell'interesse ad ottenere una pronuncia sulla asserita illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara adottato nei suoi confronti dalla stessa Commissione di gara (provvedimento impugnato con il primo ricorso proposto in prime cure).

Ciò posto, ai fini di chiarezza e semplicità di esposizione, occorre ancora rilevare che i nove motivi di gravame possono essere raggruppati in due autonome serie, la prima riguardante vizi del procedimento di riapertura della gara (e delle relative operazioni); la seconda concernente la questione di merito, cioè la esistenza o meno di irregolarità nella presentazione della offerta e della relativa documentazione a corredo dall'Impresa ***, tali da determinarne la impugnata esclusione.

II.1. In relazione alla serie di motivi riguardanti i dedotti vizi procedimentale della fase di riapertura della gara di cui al verbale della Commissione di gara n. 2 del 20 marzo 2003 (riconvocazione della commissione, riesame della documentazione inerente le offerte, conseguente esclusione dell'Impresa ***, riaggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l.), la Sezione ritiene indispensabile alcune osservazioni di carattere generale.

II.1.1. Occorre innanzitutto ricordare che la commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice (C.d.S., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560; C.G.A., 6 settembre 2000, n. 413; e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, C.d.S., sez. V, 14 aprile 1997, n. 358), la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione appaltante.

Infatti, essa svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente, rispetto all'amministrazione appaltante, essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. aggiudicazione provvisoria.

Com'è intuitivo, la funzione di detta commissione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva: nel periodo intercorrente tra tali atti non può fondatamente negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente.

Tale potere di riesame, infatti (che pur potrebbe esercitato anche indirettamente, informando cioè del dubbio di legittimità del proprio stesso operato il competente organo dell'amministrazione appaltante investito del potere di approvazione degli atti di gara ed invitandolo, pertanto, a sospendere il procedimento finalizzato all'aggiudicazione definitiva e a rimettere gli atti alla stessa commissione di gara per il riesame delle questioni dubbie), costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento (consacrati dall'articolo 97 della Costituzione) che devono informare qualsiasi attività della Pubblica Amministrazione e che impongono, conseguentemente, l'adozione di atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3610) e che, nel caso di specie, si configura proprio come autotutela (C.d.S., sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224; 3 febbraio 2000, n. 661).

La giurisprudenza di questo consesso (ex multis, sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7833) ha, poi, escluso che possa configurarsi un autonomo procedimento nell'ipotesi di annullamento, in via di autotutela decisoria, del precedente verbale (della commissione di gara) recante l'ammissione dei concorrenti (autonomo procedimento cui ricollegare l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento), unitario essendo il procedimento per la scelta del contraente privato da parte della Pubblica amministrazione (tra le tante, C.d.S., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1909; 19 marzo 2001, n. 1642; 7 marzo 2001, n. 1344), procedimento che, sebbene articolato in varie fasi, si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non è configurabile l'obbligo di comunicazione l'avvio del procedimento (ai concorrenti) nel caso di riesame delle precedenti determinazioni assunti dalla commissione di gara circa l'ammissione alla gara di alcuni concorrenti, sempreché non sia già intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva (non dovendo tuttavia confondersi la comunicazione di avvio del procedimento, non necessaria, con l'obbligo di comunicare la data di nuova riunione della commissione, indispensabile ai fini del rispetto dei

principi di pubblicità e trasparenza che pure devono presiedere allo svolgimento delle pubbliche gare).

Deve ancora rammentarsi che il principio di continuità e concentrazione della gara, che pure costituisce esplicitazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le operazioni di gara si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, può in concreto subire eccezioni in quelle particolari situazioni che obiettivamente impediscono la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (C.d.S., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128): tra esse può certamente annoverarsi anche quella che legittima la rinnovazione del procedimento (C.d.S., sez. V, 18 novembre 2002), tanto più quanto tale rinnovazione è finalizzata all'eliminazione, in via di autotutela, di vizi di legittimità del precedente operato.

II.1.2. Alla stregua dei ricordati principi, tutti i motivi di gravame relativi a pretesi vizi del procedimento di riapertura della gara in questione sono privi di fondamento.

II.1.2.1. In ordine al primo motivo, con il quale l'appellante ha lamentato che la Commissione di gara non avrebbe potuto autonomamente riconvocarsi, avendo esaurito la propria funzione con la conclusione della propria attività avvenuta nella riunione del 27 febbraio 2003, è sufficiente rilevare che – com'è stato evidenziato – la specifica funzione di cui in una gara di appalto di lavori pubblici è investita la commissione di gara (esame delle offerte, individuazione della migliore e aggiudicazione provvisoria) si esaurisce effettivamente solo allorché il competente organo dell'amministrazione appaltante fa proprio, approvandolo, il lavoro e le conclusioni cui la commissione di gara è giunta, procedendo quindi all'aggiudicazione definitiva.

Prima di tale momento, proprio in ragione dei suoi peculiari compiti (ed in particolare della legittima e corretta individuazione del miglior offerente e quindi del miglior contraente), non può negarsi che la commissione di gara, anche quando abbia già provveduto alla aggiudicazione provvisoria, possa, in via di autotutela, riesaminare l'attività già svolta ed eliminare le illegittimità in cui ritenga di essere incorso.

Se può condividersi l'assunto, secondo cui il competente dell'amministrazione appaltante, in sede di approvazione del lavoro svolto dalla commissione di gara, può chiedere a quest'ultima l'esame o meglio il riesame di alcune questioni relative alla gara, eliminando eventuali illegittimità verificatesi, non può fondatamente negarsi l'esistenza di tale potere di riesame direttamente in capo alla stessa commissione, il potere di autotutela così esercitato trovando il suo fondamento direttamente nell'articolo 97 della Costituzione ed essendo, quindi, inerente a qualsiasi esercizio o manifestazione del potere amministrativo.

Con riferimento al caso di specie, come del resto correttamente ritenuto dai primi giudici, del tutto legittimamente la commissione di gara si è nuovamente riunita su iniziativa del suo Presidente, che era anche il direttore generale dell'A.T.E.R. della Provincia di Verona e a cui spettava per espressa disposizione di statuto (art. 16, co. 4, lett. k) la presidenza delle commissioni di gara; né una simile iniziativa può ritenersi invasiva delle competenze del Consiglio di Amministrazione cui, secondo la tesi dell'appellante, spettava di approvare i lavori della commissione e di procedere, dunque, all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori, essendo peraltro pacifico che al momento in cui la commissione si è nuovamente riunita tale attività da parte del Consiglio di Amministrazione non era ancora intervenuta e, quindi, come già evidenziato, non poteva considerarsi esaurita definitivamente la funzione della commissione di gara.

Peraltro, la Sezione non può non rilevare che né il predetto statuto, né il bando con cui è stata indetta la procedura concorsuale (lex specialis della gara) contengono disposizioni che escludono, neppure implicitamente, l'esercizio del delineato potere di autotutela da parte della commissione di gara o quanto meno prevedono che i compiti di quest'ultima si esauriscono definitivamente con il (primo) provvedimento di aggiudicazione provvisoria, intangibile e imm modificabile, rimettendo quindi l'iniziativa circa l'esercizio del potere di autotutela esclusivamente al Consiglio di Amministrazione.

II.1.2.2. Ugualmente priva di fondamento è la censura (secondo motivo di gravame) relativa alla dedotta illegittimità del verbale n. 2 del 20 marzo 2003, per l'asserita mancata comunicazione di avvio del procedimento all'Impresa ***, inopinatamente esclusa dalla gara, dopo esservi stata precedentemente ammessa senza alcuna condizione o riserva.

Anche a voler prescindere da ogni considerazione circa la stessa ammissibilità di una simile censura (in quanto legittimata a dolersi di un simile vizio sarebbe solo la stessa Impresa *** esclusa dalla gara a seguito della rinnovazione del procedimento di verifica della regolarità delle istanze di partecipazione alla gara) e fatte salve le osservazioni che saranno svolte in relazione alla seconda serie di motivi circa la legittimità del riesame dell'offerta presentata dall'Impresa *** e le sue concrete modalità, la Sezione non può non evidenziare che la riapertura del procedimento di gara ai fini dell'esercizio del potere di autotutela volto ad eliminare illegittimità precedentemente verificatesi, non costituisce – com'è stato sottolineato dalla richiamata giurisprudenza – un nuovo procedimento amministrativo, unico essendo il procedimento di gara per la scelta del contraente nei pubblici appalti (che ha inizio con il bando di gara e si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva).

Per tale ragione, non era affatto necessario - ai fini della legittimità della riapertura del procedimento di gara e delle successive attività della commissione di gara - la comunicazione all'Impresa *** dell'avvio del procedimento di riesame, essendo invece indispensabile, ai fini del rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione (sub specie dei corollari di pubblicità e di trasparenza), la comunicazione – con le opportune adeguate modalità (tra cui è da ricomprendersi sicuramente la trasmissione di un fax) – della data in cui la commissione si sarebbe nuovamente riunita, com'è effettivamente avvenuto in concreto.

Deve aggiungersi, peraltro, che dalla stessa lettura dell'impugnato verbale n. 2 del 20 marzo 2003, risulta che tale comunicazione è stata effettivamente fatta (né alcuna rituale contestazione di tale risultanza è stata avanzata dall'appellante); né può dubitarsi dell'idoneità di un simile strumento di comunicazione per il perseguimento dello scopo: al riguardo, a riprova dell'idoneità del mezzo, è sufficiente osservare che per effetto di tale comunicazione l'impresa *** ha effettivamente partecipato alla riunione del 20 marzo 2003, laddove risulta irrilevante la mancata presenza dell'Impresa *** e dell'Impresa Mantovani che non possono essere apoditticamente ed immotivatamente ricondotte ad una presunta inidoneità del mezzo adoperato (questione peraltro di cui avrebbero ragione di lamentarsi, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, solo le predette imprese).

Sotto altro concorrente profilo, la concreta ed effettiva idoneità della comunicazione via fax dell'avviso alle imprese della nuova riunione della commissione in data 20 marzo 2003, comporta l'infondatezza dell'ottavo motivo di gravame (non del ricorso di primo grado), con cui è stata dedotta la presunta violazione del principio di pubblicità della gara.

II.1.2.3. Come già si è avuto modo di rilevare, una volta ricondotta l'attività svolta dalla commissione di gara di cui si discute ai principi di autotutela e, dunque, configurata la stessa come legittima e doverosa in relazione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, la dedotta violazione del principio di continuità della gara è privo di fondamento giuridico (settimo motivo di gravame, ottavo del ricorso di primo grado).

E' ben vero, come peraltro ricordato dai citati arresti giurisprudenziali, che proprio al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità, ma è pur vero che allorquando, come nel caso di specie, la commissione di gara, dopo aver già concluso il proprio compito, ma prima che la sua attività sia stata approvata formalmente (e cioè prima di aver perso definitivamente il potere conferitole), si accorge di aver commesso errori o che si sono verificate illegittimità che devono essere doverosamente eliminati, lo stesso principio di continuità e di concentrazione non può che essere sacrificato, non potendo logicamente, per un verso, ammettere l'esistenza del potere – dovere dell'amministrazione di esercitare la funzione di autotutela e, per altro verso, sostanzialmente disconoscerlo, invocando il principio di continuità e di concentrazione.

Non è utile, d'altra parte, invocare a fondamento della censura in esame il decorso del tempo, atteso che, anche a prescindere dal fatto che nel caso di specie, esso non solo non è decisivo (essendo intercorsi solo 21 giorni tra la prima riunione della commissione, 27 febbraio 2003, e quella in cui si è proceduto alla riapertura della gara, 20 marzo 2003), per quanto rileva generalmente in relazione all'affidamento che può avere ingenerato (circostanza che non è stata prospettata nel caso in esame).

II.1.2.4. Richiamando le censure sollevate con il quarto e quinto motivo del ricorso di primo grado (sostanzialmente corrispondenti al terzo e quarto motivo di gravante), l'appellante lamenta, poi, che i primi giudici, in modo superficiale e confuso, avrebbe affermato la legittimità dell'impugnato verbale n. 2 del 20 marzo 2003, senza tener conto che in esso non era stato fatto alcun cenno alle doverose cautele che la stessa commissione di gara avrebbe dovuto adottare a garanzia dell'integrità delle offerte e della relativa documentazione.

Anche tali censure non sono meritevoli di favorevole apprezzamento, sotto svariati profili.

Innanzitutto non può ragionevolmente imputarsi alla commissione di gara l'asserita omessa predisposizione di cautele per la conservazione delle offerte (e della relativa documentazione) prodotta dalle imprese concorrenti e a garanzia della loro integrità, atteso che la commissione di gara non poteva essere in alcun modo consapevole di dover proseguire (successivamente alla riunione del 27 febbraio 2003) la propria attività, esercitando la funzione di autotutela.

Quest'ultima, infatti, si è resa necessaria a seguito delle osservazioni dell'Ufficio Affari Legali e Contratti dell'A.T.E.R. che, evidentemente nell'attività preparatoria ed istruttoria dei provvedimenti da sottoporre all'approvazione del Consiglio di Amministrazione, ha riscontrato alcune irregolarità nella documentazione esibita dall'Impresa ***, informando di ciò il Direttore generale (e presidente della commissione di gara) per i consequenziali adempimenti.

Il fatto, quindi, che nel predetto parere non sia stato dato conto delle concrete modalità approntate a garanzia dell'integrità della documentazione di gara prodotta dalle imprese concorrente ovvero la circostanza che tali garanzie non siano state neppure approntate non è di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che - in concreto - l'alterazione della predetta documentazione non si sia verificata.

Al riguardo, la Sezione rileva che le censure svolte dall'appellante, oltre che assolutamente generiche e sfornite di prova o di qualsivoglia elemento probatorio, sono formulate in modo perplesso e dubitativo: si deduce, infatti, che l'offerta (e la relativa documentazione) prodotta dalla Impresa *** avrebbe potuto essere concretamente alterata in ragione della superficialità delle condizioni di estrema approssimazione e superficialità con cui gli atti di gara sarebbero stati conservati (condizioni appurate de visu dall'appellante), ma non vi è alcun elemento di fatto da cui emerga l'effettiva alterazione, né questa può indirettamente desumersi dal fatto che l'offerta e la documentazione prodotta dall'Impresa *** sarebbe stata inizialmente (verbale n. 1 del 27 febbraio 293) ammessa alla gara senza riserve e senza condizioni.

Invero, come emerge dalla lettura degli atti di causa, l'esclusione dalla gara dell'Impresa *** non è stata comminata per vizi formali della documentazione prodotta che possano essere in qualche modo imputati all'alterazione della documentazione stessa, bensì alla violazione delle disposizioni contenute nel bando di gara; ciò senza contare che, se effettivamente si fossero verificate le paventate alterazioni, la stessa appellante che ha presenziato alle operazioni di gara del 20 marzo 2003 avrebbe potuto accorgersene, avrebbe dovuto chiedere di farne espresse menzione nel verbale n. 2 del 20 marzo 2003 e avrebbe altresì dovuto farne oggetto di apposita specifica contestazione, evenienze tutte che non si sono invece verificate.

II.2. La seconda serie di motivi concerne in particolare la questione di merito dell'esclusione dalla gara dell'Impresa *** per irregolarità della documentazione e cioè "in quanto la documentazione inerente la cauzione provvisoria e la garanzia relativa all'acquisto dell'immobile non sono conformi alla normativa in materia e alla lettera d'invito".

Le censure mosse sul punto dall'appellante riguardano: la circostanza che la stessa documentazione era già stata delibata dalla commissione di gara nella riunione del 27 febbraio 2003, così che era del tutto incomprensibile, oltre che irragionevole un riesame della stessa (di qui i dubbi che la nuova attività della commissione di gara sarebbe stata esclusivamente prepordinata a creare le condizioni per confermare l'aggiudicazione dei lavori in favore dell'Impresa *** S.r.l. di cui al verbale n. 1 del 27 febbraio 2003 che, nel frattempo, era stato impugnato dalla Impresa *** per la propria esclusione dalla gara); l'illegittimità della esclusione fondata sul mero fatto che la cauzione sarebbe stata fornita da una società straniera inglese e dunque in contrasto con le previsioni contenute nel bando e nella lettera d'invito, senza alcuna indagine sulla sua effettiva affidabilità finanziaria ed in dispregio dei principi comunitari; l'omessa motivazione del provvedimento di esclusione in relazione alle ragioni di interesse pubblico che lo avrebbero giustificato.

II.2.1. In relazione alla prima questione, la Sezione osserva che sulla base della ricostruzione dell'attività svolta dalla commissione di gara come esercizio del potere di autotutela, finalizzato al perseguimento dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, postulati dall'articolo 97 della Costituzione, anche ammesso che effettivamente la commissione di gara avesse originariamente esaminato la documentazione prodotta dall'Impresa ***, ammettendola incondizionatamente alla gara, ciò non potrebbe escludere il potere della stessa commissione di gara di riesaminarla, qualora fossero emersi dubbi sulla regolarità della stessa.

Il limite all'esercizio di un simile potere di autotutela è da rinvenirsi nell'effettiva esistenza della irregolarità successivamente accertata e dichiarata: sotto tale profilo, dall'esame della documentazione in atti (ed in particolare dalla nota in data 18 marzo 2003 dell'Ufficio Affari Legali e Contratti dell'A.T.E.R. della Provincia di Verona) emerge inconfutabilmente la sussistenza dei motivi di esclusione dell'Impresa *** dalla gara, essendo risultato che la ***, che aveva prestato la

cauzione prevista dalle norme di gara all'Impresa ***, non era una compagnia di assicurazioni, era una società finanziaria non iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D. Lgs. n. 385/1993 (come disposto dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni, ai fini del rilascio delle cauzioni provvisorie ed inoltre la garanzia prestata per l'acquisto di parte dell'ex Provveditorato non era conforme al disposto della lettera d'invito.

Non può negarsi quindi in alcun modo la legittimità del potere di autotutela concretamente esercitato nel caso di specie, atteso che, per altro verso, giammai i ricordati presupposti di fatto - su cui si è fondato il giudizio di irregolarità dell'offerta dell'Impresa *** - sono stati effettivamente contestati dalla società appellante.

Si può, invero, anche convenire sul fatto che il comportamento della commissione di gara nell'originario esame circa la regolarità delle offerte e della documentazione presentate dalle imprese concorrenti sia stato caratterizzato da un'eccessiva leggerezza, atteso che se non vi erano elementi certi ed inconfutabili per considerare assolutamente regolare e conforme alle prescrizioni del bando l'offerta presentata dall'Impresa *** sarebbe stato probabilmente opportuno aggiornare i lavori della commissione per consentire lo svolgimento della idonea attività istruttoria (piuttosto che giungere ad ammettere direttamente alla gara la predetta Impresa *** e aggiudicare provvisoriamente la gara all'Impresa Costruzioni *** S.r.l. e dover, poi, com'è concretamente avvenuto agire in autotutela per porre rimedio agli errori compiuti): tuttavia, in concreto, tale comportamento superficiale ed inopportuno non è causa di invalidità del successivo doveroso operato della commissione di gara.

Indipendentemente da eventuali elementi di responsabilità penale, che nel caso di specie e sulla scorta della documentazione in atti non emergono, può ragionevolmente ritenersi che la sopra delineata leggerezza - che ha contraddistinto l'operato della commissione di cui al verbale n. 1 del 27 febbraio 2003 - può essere stata determinata dalla considerazione che, essendo state considerate valide solo quattro offerte non vi era alcun dubbio sulla immediata individuazione della migliore offerta, che era quella presentata dall'Impresa Costruzioni *** S.r.l. con un ribasso del 13,68%.

Non vi è motivo (né esistono o sono stati indicati elementi di fatto in tal senso), invece, per ritenere che l'attività posta in essere dall'Ufficio Legale e Contratti dell'A.T.E.R. (che in sede di predisposizione del provvedimento formale di approvazione degli atti della procedura concorsuale da parte del Consiglio di Amministrazione ha rilevato l'irregolarità della offerta dell'Impresa ***, rimettendo gli atti al Direttore generale (Presidente della stessa commissione di gara) per gli opportuni adempimenti) sia stata concretamente finalizzata a danneggiare in ogni modo l'appellante: è vero, invece, sotto altro profilo, che era doveroso porre rimedio all'illegittimità verificatasi proprio per evitare che da essa potessero derivarne altre (come nell'ipotesi in cui fosse stata riconosciuta illegittima l'esclusione dalla gara dell'Impresa ***, con conseguente presenza di cinque offerte valide e conseguente obbligo di applicare la procedura del c.d. taglio delle ali al fine di eliminare dalla gara le offerte c.d. anomale, procedimento che sarebbe stato evidentemente falsato dall'erronea valutazione di regolarità dell'offerta dell'Impresa ***).

II.2.2. Ugualmente infondata è la censura relativa ad un presunto difetto di motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara dell'Impresa *** per la mancata indicazione delle ragioni di interesse pubblico che l'avrebbero giustificato.

Anche a voler prescindere dall'ammissibilità di tale censura che concerne esclusivamente la posizione dell'Impresa *** e che solo da questa poteva essere fatta valere (l'interesse dell'appellante dovendo intendersi limitata esclusivamente alla legittimità del provvedimento di esclusione, non avendo funzioni di rappresentante o sostituto processuale), la Sezione rileva che una puntuale

motivazione dell'interesse pubblico deve ritenersi indispensabile solo laddove il provvedimento oggetto dell'esercizio del potere di autotutela abbia ragionevolmente ingenerato affidamento nel suo destinatario; affidamento che, oltre ad essere difficilmente concepibile in relazione ad un provvedimento sfavorevole (esclusione dalla gara), non può neppure essersi effettivamente realizzato non solo perché riferito ad una attività non ancora definitiva (in quanto l'attività di cui al verbale n. 1 del 27 febbraio 2003 non era stata ancora approvata dal Consiglio di Amministrazione dell'A.T.E.R.), ma anche perché in ragione dell'obiettivo limitato lasso di tempo intercorso tra l'attività di cui al predetto verbale n. 1 del 27 febbraio 2003 e quella di cui al verbale n. 2 del 20 marzo 2003.

Non sussiste pertanto, sotto tale profilo, il dedotto difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

II.2.3. Quanto alla regolarità della documentazione prodotta dall'Impresa *** la Sezione osserva quanto segue.

II.2.3.1. In punto di fatto, giova ricordare che il punto 6 del bando di gara prevedeva quali garanzie da presentare in sede di offerta "cauzioni provvisoria e definitiva per l'aggiudicatario, ai sensi della legge n. 109/94 e s.m.i. e D.P.R. n. 554/99; fidejussione bancaria o assicurativa di € 2.270.000,00 a garanzia della sottoscrizione del rogito di acquisto dell'immobile": previsioni identiche sono contenute nella lettera di invito.

L'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, cui fa evidentemente rinvio il bando di gara (modificato dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388), rubricato "Garanzie e coperture assicurative", al primo comma stabilisce che la cauzione da allegare alla offerta per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, può essere prestata anche "mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari prestare iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

La innovazione introdotta proprio dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, pur allargando la sfera dei soggetti legittimati a prestare la garanzia, si riferisce esclusivamente ai soli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 de D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, per i quali è previsto, in via generale, un particolare controllo circa "l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nonché l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni", salve ulteriori disposizioni con riferimento a determinati tipi di attività volti ad assicurarne il regolare esercizio.

Tale particolare regime differenziato per gli intermediari finanziari non risulta essere irragionevole in considerazione della funzione della cauzione prevista dalla norma in questione, volta a garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrarre in caso di aggiudicazione (C.d.S., sez. V, 18 febbraio 2003, n. 5676; 6 luglio 2002, n. 3716; 13 marzo 2002, n. 1495).

II.2.3.2. Ciò posto, deve innanzitutto rilevarsi che in presenza di una così precisa disposizione contenuta nel bando di gara, la commissione di gara non poteva che escludere dalla gara l'Impresa *** che effettivamente aveva presentato a corredo dell'offerta una fidejussione prestata da un soggetto (società finanziaria) non iscritto nell'elenco speciale di cui al ricordato articolo 107 del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e quindi non legittimato secondo le speciali ed inderogabili

disposizioni contenute nell'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (deve aggiungersi, peraltro, che la predetta qualità della *** non è stata giammai contestata né dall'Impresa *** e tanto meno dalla società appellante).

Alla luce di tale inderogabile corcervo normativo, inoltre, differentemente da quanto sostenuto disinvoltamente dalla società appellante, non sussisteva alcun obbligo per la commissione di gara di verificare in concreto l'affidabilità finanziaria della predetta società, atteso che il giudizio (negativo sulla stessa, in quanto non iscritta nel ricordato elenco speciale) era già stato dato direttamente dal legislatore, cui non poteva sostituirsi l'amministrazione, tanto più che quest'ultima ed in particolare la commissione di gara non può modificare le norme da essa stessa poste nel bando di gara (risultando in caso contrario inammissibilmente violata in modo fin troppo evidente – con riferimento al caso di specie - la par condicio delle imprese concorrenti).

Come emerge dalla motivazione del provvedimento di esclusione, infine, quest'ultima non è fondata sulla nazionalità (inglese) della società finanziaria che ha prestato la cauzione in favore della predetta Impresa ***, ma esclusivamente per il fatto che non risulta iscritta nello speciale registro previsto dall'articolo 107 del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, richiamato dall'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, così che non è neppure ipotizzabile la violazione delle norme comunitaria in tema libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi, atteso che – indipendentemente dal rilievo della questione in questa causa e dalla legittimazione della società appellante a sollevarlo - non è stato neppure dedotto che la normativa italiana impedisce agli intermediari finanziari stranieri di ottenere l'iscrizione nel predetto speciale registro (se abbiano i requisiti previsti dalla normativa italiana).

In sostanza sul punto le conclusioni cui sono giunti i giudici di prime cure sono assolutamente condivisibili e non meritano le censure che sono state mosse.

II.3. Resta da esaminare l'ultimo motivo di gravame (decimo del ricorso del giudizio di primo grado), con cui, quasi riepilogando e riassumendo tutti i motivi di censura già sollevati, l'appellante ha sostenuto che l'operato della commissione (di cui al verbale n. 2 del 20 marzo 2003), piuttosto che finalizzato all'individuazione del miglior offerente (e contraente), avrebbe avuto il travisato scopo di escludere dalla gara l'impresa *** confermando in altro modo, e cioè attraverso l'esclusione dalla gara dell'Impresa ***, la precedente aggiudicazione (provvisoria, prima, e definitiva, poi) in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l.

Le osservazioni già svolte a confutazioni dei precedenti motivi di gravame rendono del tutto gratuita tale deduzione, atteso che dall'esame della documentazione in atti non emerge che l'attività della commissione di gara sia stata caratterizzata da questo intento sviato.

La Sezione, tuttavia, per completezza deve rilevare che il sostanziale favorevole scrutinio di legittimità dei provvedimenti impugnati con il secondo ricorso proposto in prime cure non esclude che, in relazione ad altri fatti e comportamenti della commissione di gara o di qualcuno dei suoi componenti (fatti e atti diversi da quelli venuti in esame con i motivi di censura sollevati ovvero emergenti da una prospettazione diversa da quella evidenziata con i motivi di censura esaminati) possano delinearsi elementi di rilievo penale.

II.4. L'infondatezza dell'appello proposto avverso il capo della sentenza che ha respinto il secondo ricorso proposto in primo grado comporta la sostanziale conferma della legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara di cui si discute dell'Impresa *** (e della successiva aggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa Costruzioni *** S.r.l. ed implica la correttezza della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il

primo ricorso proposto dalla Impresa *** Paolo contro il provvedimento recante la sua esclusione dalla gara, circostanza quest'ultima che esime la Sezione dall'esame dei relativi motivi di gravame.

III. In conclusione, l'appello in esame deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da *** Paolo, in proprio e quale titolare dell'impresa CP di *** geom. Paolo, avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 3382 del 16 settembre 2004, così provvede:

- rigetta l'appello;

- condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano in complessivi € 7.000 (€ 3.500 per ognuna delle parti appellate).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 aprile 2005, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 5 ottobre 2005