

Affinchè l'amministrazione possa esercitare il potere di autotutela di annullamento di una procedura ad evidenza pubblica, non basta la motivazione (sufficiente e congrua) che in assenza dei "requisiti eccessivamente restrittivi", la partecipazione alla gara "sarebbe stata certamente più ampia" ma ci vuole un'attenta analisi che porti il giudice, inequivocabilmente, a decidere per la presenza di vizi di legittimità della procedura stessa, il cui accertamento appunto possa giustificare l'annullamento: tanto più che l'esito della gara che ha visto la ammissione di un numero (7) di imprese partecipanti, superiore alla soglia minima di cinque, prevista dall'art. 22 del D. Lgs. n. 157/1995, comma 2.

La decisione numero 6560 del 7 novembre 2006, in tema di potere di annullamento di una procedura di gara, ci sottolinea che:

< Prima ancora, quindi, di verificare se i requisiti di partecipazione alla gara siano "eccessivamente restrittivi" ovvero se il provvedimento di annullamento sia sufficientemente motivato in ordine alle ragioni di interesse pubblico ovvero ancora se la discrezionalità della Amministrazione nella redazione del bando di gara sia stata correttamente esercitata, occorre che venga dato atto della sussistenza del nesso intrinseco tra il potere di riesame che si vuole esercitare e la presenza di vizi di legittimità nell'atto, oggetto di annullamento.

Le ragioni di opportunità da sole (quali quelle individuate nella specie dalla Amministrazione), in sostanza, non legittimano il potere di annullamento. Esse, da questo punto di vista, non sono idonee a determinare la Amministrazione all'esercizio del potere di annullamento, perché non ne indicano la specificità, che è costituita dalla illegittimità dell'atto che si intende annullare.

Ed è chiaro che tale specificità non può essere surrogata neppure con il richiamo a "principi comunitari e costituzionali", che peraltro non sembra che siano stati nella specie trascurati, atteso l'esito della gara che ha visto la ammissione di un numero (7) di imprese partecipanti, superiore alla soglia minima di cinque, prevista dall'art. 22 del D. Lgs. n. 157/1995, comma 2>

A cura di Sonia Lazzini

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 dal *** – *, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Zanzarelli, ed elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio avv. Giuseppe Mazzuti e Paolo Maldari, Via Filippo Corridoni, n. 4,

contro

il Ministero dell'Interno – Ufficio Territoriale del Governo – Prefettura di Roma, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

e nei confronti di

Consorzio **,

per l'annullamento

della sentenza n. 13763 del 15 dicembre 2005 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez I ter, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2006, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. Esposito per delega dell'avv. Zanzarelli e l'avvocato dello Stato Giannuzzi.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con la sentenza impugnata, il cui dispositivo è stato impugnato con riserva dei motivi ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034/1971, il TAR Lazio ha respinto il ricorso del Consorzio istante avverso il provvedimento, con il quale il Prefetto di Roma ha, in via di autotutela, disposto l'annullamento del bando di gara per l'affidamento (al prezzo più basso) dell'appalto, ripartito in tre lotti di importo variabile, per il servizio di pulizia delle caserme della Polizia di Stato della Provincia di Roma, con durata di 24 mesi a decorrere dall'1.1.2005, e con possibilità di concorrere per tutti i lotti.

L'annullamento da parte del Prefetto di Roma è stato disposto perché "i requisiti di cui ai punti III.2.1.2 lett. b) e III.2.1.3. lett. c) del bando risultano eccessivamente restrittivi ed hanno fortemente limitato la partecipazione alla gara essendo stati previsti a pena di esclusione". In particolare, è parso eccessivo (e "non giustificato") il requisito del fatturato specifico "pari al 300% del valore annuo di ciascun lotto di gara", mentre quello relativo alla capacità tecnica non è sembrato "attinente in maniera specifica alle imprese di pulizia" e poteva al più essere previsto "quale elemento di preferenza o di maggior punteggio nella graduatoria finale di una gara da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa", dal momento che "riguarda in generale l'adozione di un sistema di gestione ambientale da parte delle imprese".

Il provvedimento impugnato innanzi al TAR dà atto della circostanza che, nella fase di prequalificazione (di per sé limitativa della partecipazione), sono state escluse numerose imprese che avevano chiesto di partecipare (da 16 a 6).

La sentenza, della quale viene chiesta la riforma, richiama consolidati principi in tema di "potere di riesame" dei bandi di gara: - non necessità di procedere all'annullamento dell'intero bando di gara nell'ipotesi in cui sia possibile annullare una singola clausola che risulti viziata; - contemperamento degli interessi coinvolti qualora si sia determinato un legittimo affidamento; - rispetto dei principi di trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità, coerenza, efficienza ed economicità; - il ripristino della legalità violata non giustifica l'esercizio del potere di autotutela; - sino alla aggiudicazione definitiva è possibile il riesame dell'attività svolta. Essa richiama pure "i primi motivi" di ricorso, con i quali si è lamentato il difetto di motivazione, e conclude che il "provvedimento impugnato risulta sufficientemente e congruamente motivato", e che il diniego opposto dalla Amministrazione alla esibizione del parere della Avvocatura dello Stato (menzionato nel medesimo atto) è legittimo, a motivo del "segreto professionale". Il TAR prosegue con la reiezione degli "ulteriori motivi" con cui si lamenta la mancata considerazione dei soggetti privati che hanno partecipato alla fase di prequalificazione, e che la partecipazione di 6 imprese è idonea a

garantire una concorrenza effettiva (art. 22 del d.lgs. n. 157/1995). Da ultimo, il primo giudice esamina le censure specifiche relative ai punti III.2.1.2. lett. b) e III.2.1.3 lett. c) del bando (capacità economica e finanziaria, e certificazione di cui all'art. 13, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995), e le respinge perché, sebbene nessuna impresa (tranne una) sia stata esclusa per difetto dei requisiti relativi al fatturato, “la partecipazione sarebbe stata certamente più ampia”, e perché l'Amministrazione non può “indebitamente limitare l'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato”, pena la configurazione di “un beneficio e una ingiustificata posizione di vantaggio delle imprese più forti sul mercato di riferimento”. Per quanto riguarda il requisito della certificazione UNI EN ISO 14001 Ed. 96, esso è stato ritenuto “eccessivamente rigido” ed indebitamente restrittivo della partecipazione alla gara (9 ditte, per quanto suddivise in tre lotti, sono state escluse per la mancata produzione di tale certificazione).

2.- L'appellante, con il ricorso in esame, contesta queste conclusioni, e ribadisce che il bando di gara è stato annullato (strumentalmente) in assenza di difetti o di vizi di legittimità (per meri motivi di opportunità), e che i requisiti previsti (senz'altro ragionevoli) non hanno avuto alcuna portata restrittiva della partecipazione alla gara, come risulta dal numero delle imprese partecipanti (7), superiore alla soglia minima di 5 (art. 22 del d.lgs. n. 157/95). La sentenza impugnata tenta di sopperire al difetto di motivazione del provvedimento di annullamento del bando di gara, ma senza “alcuna aderenza ai dati della realtà”, e privando, peraltro, il ricorrente della conoscenza del parere dell'Avvocatura dello Stato, la cui visione è stata negata.

3.- Si è costituita l'Amministrazione, depositando il fascicolo di primo grado e (in udienza) la copia del parere dell'Avvocatura dello Stato, la cui visione è stata denegata all'interessato.

4.- Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 14 luglio 20006.

5.- Il Prefetto della Provincia di Roma ha, con l'atto impugnato, disposto l'annullamento del bando di gara per l'affidamento dell'appalto per il servizio di pulizia dei locali adibiti a caserme della Polizia di Stato.

Le motivazioni sono mutate dal parere della Avvocatura dello Stato (reso su richiesta della Amministrazione e menzionato nell'atto di annullamento), che, depositato nell'udienza di discussione dell'odierno ricorso, “è stato sottratto all'accesso” con una motivazione (art. 2, D.P.C.M. 26.1.1996 n. 200), riconosciuta legittima dal TAR.

L'importanza essenziale del potere di riesame della Amministrazione, quale mezzo per dare “concreta attuazione (ai) principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento” (il cui esercizio è stato nella specie riconosciuto legittimo a motivo della presenza di requisiti, che limitano “eccessivamente” la partecipazione alla gara) è stata particolarmente sottolineata dal primo giudice, che ha richiamato “una serie di principi” consolidati, facilitato in ciò dalle numerose pronunce giurisprudenziali intervenute in materia. Nella sentenza impugnata è, infatti, facilmente identificabile l'iter argomentativo che, muovendo appunto da tali principi, perviene alla conclusione che l'atto impugnato è “sufficientemente e congruamente motivato” anche sotto il profilo delle ragioni di interesse pubblico (debitamente esterne), dal momento che, in assenza dei “requisiti eccessivamente restrittivi”, la partecipazione alla gara “sarebbe stata certamente più ampia e questo è principio generale che deve ispirare la disciplina di gara”.

L'argomentazione non è divisibile.

In effetti il primo giudice, guidato soprattutto dalla volontà di offrire una garanzia di maggiore partecipazione alla gara, si è subito concentrato sui requisiti del bando come “eccessivamente

restrittivi” (fatturato specifico dei servizi identici per ciascuno dei tre anni precedenti pari a 1,5 volte il valore biennale di ciascun lotto di gara; il possesso di una certificazione UNI EN ISO 14001), omettendo di considerare che il proprium del potere di riesame è, in realtà, la presenza di vizi di legittimità, il cui accertamento ne giustifica l’esercizio.

Prima ancora, quindi, di verificare se i requisiti di partecipazione alla gara siano “eccessivamente restrittivi” ovvero se il provvedimento di annullamento sia sufficientemente motivato in ordine alle ragioni di interesse pubblico ovvero ancora se la discrezionalità della Amministrazione nella redazione del bando di gara sia stata correttamente esercitata, occorre che venga dato atto della sussistenza del nesso intrinseco tra il potere di riesame che si vuole esercitare e la presenza di vizi di legittimità nell’atto, oggetto di annullamento. Le ragioni di opportunità da sole (quali quelle individuate nella specie dalla Amministrazione), in sostanza, non legittimano il potere di annullamento. Esse, da questo punto di vista, non sono idonee a determinare la Amministrazione all’esercizio del potere di annullamento, perché non ne indicano la specificità, che è costituita dalla illegittimità dell’atto che si intende annullare. Ed è chiaro che tale specificità non può essere surrogata neppure con il richiamo a “principi comunitari e costituzionali”, che peraltro non sembra che siano stati nella specie trascurati, atteso l’esito della gara che ha visto la ammissione di un numero (7) di imprese partecipanti, superiore alla soglia minima di cinque, prevista dall’art. 22 del D. Lgs. n. 157/1995, comma 2.

Quanto detto è sufficiente per far capire che non può essere di certo il mero riferimento ai due requisiti, di cui al punto III.2.1.2.b (relativo al fatturato annuo) e al punto III.2.1.3.c (relativo al requisito di capacità tecnica) del bando, a rendere condivisibile la statuizione del TAR, che, sebbene non evidenzi alcun vizio di legittimità del bando di gara annullato dal Prefetto di Roma, ha respinto il ricorso dell’appellante, il quale aveva denunciato l’illegittimità del provvedimento impugnato, perché privo dei necessari presupposti.

D’altra parte, lo stesso parere della Avvocatura dello Stato (alla cui visione è stato opposto un inutile “segreto professionale”, e il cui contenuto, come detto, è stato interamente trasfuso nell’atto impugnato), sebbene enunci “alcuni profili di illegittimità dei bandi di gara”, si esprime conclusivamente in termini di opportunità (“la scelta di annullare subito la gara appare indubbiamente quella preferibile”) sull’azione amministrativa da intraprendere a seguito delle pronunce cautelari, con le quali il TAR Lazio ha disposto l’ammissione con riserva delle imprese che avevano contestato il bando (poi annullato dalla Amministrazione) per i requisiti richiesti “sproporzionati rispetto all’oggetto dell’appalto”.

L’appello va, pertanto, accolto, e, in riforma della sentenza impugnata, va dichiarato fondato il ricorso di primo grado.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l’appello in epigrafe, e, in riforma della sentenza impugnata, dichiara fondato il ricorso di primo grado. Compensa le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 14 luglio 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.....07/11/2006.....