

Annullamento di un'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto del servizio di brokeraggio assicurativo: anche gli elementi posti alla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa possono essere posti a verifica da parte dell'amministrazione alla stregua di quanto avviene per i requisiti di ordine generale o morale

Se in un bando un'amministrazione volesse dare rilievo all'esperienza pregressa dei concorrenti, allora non dovrebbe certo limitare la richiesta documentale al numero dei rapporti di brokeraggio gestiti alla data di presentazione della domanda, ma dovrebbe richiedere la prova della corretta esecuzione dei rapporti precedenti, ovviamente già conclusi

L'annullamento d'un'aggiudicazione provvisoria attua un congegno procedurale tipico delle gare indette da enti pubblici, che prevede la fase endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, a cui segue la verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede d'offerta dalla ditta individuata come aggiudicataria. Solo in caso di esito positivo della predetta verifica l'aggiudicazione può divenire definitiva; l'esito negativo determina invece l'inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria.

L'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico, quando consegua a valutazioni tecniche obbligate e predeterminate, anziché a valutazioni discrezionali, è non già un atto d'autotutela stricto sensu, bensì l'esito pressoché vincolato di una verifica a sua volta necessitata, onde non abbisogna d'alcuna motivazione in ordine all'interesse pubblico alla rimozione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1885 del 26 aprile 2005 (a conferma di Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria Sez. Staccata Reggio Calabria - n. 48/2004) ci offre alcuni importanti insegnamenti in tema di affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo

## I Fatti

In via di autotutela viene annullata l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo

La forma di aggiudicazione prevista era quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la durata era per tre anni

Il bando disponeva all'articolo 9 le modalità di compilazione della graduatoria delle offerte, derivante dall'applicazione dei punteggi complessivi assegnati ad ogni offerta (massimo 100 punti) scaturenti dalla sommatoria dei diversi punteggi attribuibili ai sei diversi elementi, indicati all'articolo 5, con lettere da A ad F.

Gli elementi dell'offerta indicati alle lettere A e B sono costituiti da:

A. il numero nell'elenco degli **enti pubblici** annoverati tra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda, esclusi gli enti locali di cui alla successiva lettera B.

B. il numero e l'elenco degli **enti locali** di cui all'art. 2, 1° comma, del D.lgs. 18 agosto 2000 numero 267... annoverati tra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda.

Le ragioni dell'annullamento dall'aggiudicazione provvisoria da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice prendono origine dai seguenti fatti:

a) sarebbe emersa un'erronea interpretazione del bando, nel punto in cui si richiede il numero e l'elenco degli enti pubblici e degli enti locali annoverati tra i propri clienti alla data di presentazione della domanda;

- b) a seguito della richiesta di comprovare solo gli incarichi in vigore alla data di presentazione della domanda, sarebbe stata fornita una documentazione idonea solo per 21 enti pubblici su 66 indicati e per 8 enti locali di 45 indicati;
- c) non sono stati prodotti certificati dell'Inail, Inps e Ufficio delle entrate;
- d) vi sarebbe comunque una divergenza tra il portafoglio clienti inizialmente dichiarato e la documentazione prodotta quale prova, in quanto la stessa era relativa ad 83 enti pubblici su 99 dichiarati e 67 enti locali su 70 dichiarati.

Il contratto viene quindi aggiudicato al secondo concorrente in graduatoria

La prima classificata , vistasi annullare l'aggiudicazione, propone ricorso davanti al Tar

### **Il parere del primo giudice**

(\*\*\*Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria Sez. Staccata Reggio Calabria - n. 48/2004 che viene riportata alla fine della decisione in appello del Consiglio di Stato)

la premessa nella sentenza di primo grado è la seguente.

- ✓ che i dati indicati nell'offerta fossero oggetto di verifica e considerato che tale verifica non può che avvenire prima dell'aggiudicazione definitiva, è innegabile, ad avviso di questo Tribunale, che il meccanismo di cui la stazione appaltante è tenuta ad avvalersi è lo stesso di quello predisposto per la verifica dei requisiti

ma ancor più importante sono le seguenti considerazioni:

- ✓ **Le clausole del bando sugli elementi dell'offerta, con specifico riguardo al portafoglio clienti, e da un punto di vista letterale e da un punto di vista logico, non potevano che riferirsi ai rapporti di brokeraggio in corso**
- ✓ Milita decisivamente in tal senso il ripetuto richiamo alla data di presentazione della domanda: era necessario enumerare cioè solo coloro che erano clienti alla data di presentazione della domanda e tali non potevano considerarsi certamente gli enti con i quali il rapporto contrattuale era ormai concluso
- ✓ D'altronde il riferimento agli enti con i quali la società ha intrattenuto solo in passato rapporti è logicamente privo di significato se non è accompagnato anche dalla richiesta di una certificazione di regolare esecuzione del rapporto, che nel caso mancava.

Sulla base delle osservazioni appena esposte e in considerazione del fatto che:

<poichè la clausola era univocamente interpretabile e non è stata modificata in corso di gara, deve escludersi che l'amministrazione fosse tenuta ad annullare l'intera gara, in quanto essa si è legittimamente avvalsa del meccanismo che subordinando l'aggiudicazione definitiva al fatto che l'aggiudicatario provi l'effettivo possesso di tutti i requisiti richiesti, esibendo entro dieci giorni dalla relativa richiesta, i documenti prescritti, esclude qualsiasi riconsiderazione dell'intera procedura di gara.>

in conclusione quindi il ricorso viene rifiutato in quanto:

< Emerge con chiarezza che ciò che ha impedito concretamente l'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente non è stata affatto l'equivocità del bando, in forza della quale la ricorrente

pretenderebbe l'annullamento dell'intera procedura, **ma solo la mancata dimostrazione del suo effettivo portafoglio clienti**, indipendentemente da quella che era stata la iniziale interpretazione del bando fatta dall'odierna ricorrente ed al di là di quello che era stato l'elenco prodotto unitamente all'offerta>

Avverso tale decisione, la soccombente si rivolge al Consiglio di Stato adducendo le seguenti motivazioni:

- ✓ Secondo l'appellante il Tar ha omesso di considerare l'effettivo contenuto dell'impugnato atto amministrativo, dotato di ricchissima motivazione.
- ✓ Il bando distingue fra requisiti di partecipazione ed elementi dell'offerta e prevede la verifica con conseguente inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria solo in merito ai primi (requisiti di partecipazione) e non ai secondi (elementi dell'offerta).
- ✓ Dal mancato riscontro degli elementi dell'offerta non deriverebbe quale conseguenza automatica la perdita dell'aggiudicazione, essendo solo risultante, in tal caso, che il ricorrente ha goduto di un punteggio non dovuto.

### **La decisione del Consiglio di Stato**

Anche il supremo giudice amministrativo non ammette le ragioni della ricorrente e quindi rigetta le sue considerazioni, basandosi sui seguenti ragionamenti:

- ✓ Quanto all'osservazione , avanzata nell'atto di appello, a tenore della quale la verifica in questo caso riguarderebbe elementi dell'offerta e non requisiti per la partecipazione alla gara va rilevato che l'atto impugnato in primo grado dà rilievo anche alla mancata produzione delle certificazioni di correttezza contributiva e tributaria (che sono condizioni di ammissione ai sensi art. 2 n. 5 e 6 del bando di gara) e che, comunque , **anche la verifica d'ufficio in merito alla veridicità di qualsiasi dichiarazione (art. 13) può condurre all'esclusione dalla gara a tenore del bando e dei principi generali in materia di evidenza pubblica.**

Poiché il bando

all'art. 11 prevedeva che, prima dell'aggiudicazione definitiva l'aggiudicatario fosse tenuto a provare l'effettivo possesso di tutti i requisiti richiesti dal presente bando di gara esibendo, entro dieci giorni dalla relativa richiesta, i documenti allo scopo prescritti dalla legislazione vigente”

ma anche

in ultimo il bando concludeva prevedendo il generale potere di riesame della veridicità delle dichiarazioni prima dell'aggiudicazione definitiva (art. 13)

- ✓ **L'art. 11 menzionando i “requisiti” da verificare nei confronti dell'aggiudicatario in via provvisoria non intendeva limitarsi ai requisiti di partecipazione ma anche a quelli autocertificati rilevanti per la formazione della graduatoria.**

Ancor più importante appare la seguente precisazione emessa dai giudici di Palazzo Spada:

<se il bando avesse voluto dare rilievo all'esperienza pregressa dei concorrenti, allora non avrebbe certo limitato la richiesta documentale al numero dei rapporti di brokeraggio gestiti alla data di presentazione della domanda, ma avrebbe chiesto la prova della corretta esecuzione dei rapporti>

e comunque:

< L'amministrazione, comunque anche volendo ritenere ragionevole l'interpretazione prospettata dalla impresa ricorrente, non avrebbe potuto interpretare il bando nel senso voluto dall'odierna appellante per non violare, stante il tenore testuale della clausola, la par condicio>

ma non solo:

< La verifica dei requisiti autodichiarati è condotta sulla documentazione offerta ai sensi di legge, senza possibilità di ipotizzare attività conoscitive integrative da parte dell'amministrazione, che risulterebbero in violazione della par condicio né possibilità di tener conto della documentazione offerta successivamente ai termini prefissati dalla stazione appaltante>

da ultimo, osserva il Consiglio di stato:

< Va in ultimo rilevato che il provvedimento esamina in modo analitico la documentazione prodotta relativamente al portafoglio clienti, **concludendo che solo per un numero esiguo di clienti (21 enti pubblici su 66 indicati nella seconda dichiarazione e 8 enti locali su 45) esiste la prova di un incarico in vigore alla data di presentazione della domanda.**>

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ANNO 2004

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

sul ricorso in appello proposto da \*\*\*\* SPA in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Stefano Vinti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore in Roma alla via Emilia n. 88;

contro

CONSORZIO per lo SVILUPPO INDUSTRIALE della PROVINCIA DI REGGIO CALABRIA (o anche ASIREG) in persona del Commissario Straordinario pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. prof. Antonio Romano ed elettivamente domiciliato in Roma via Cola di Rienzo 111 presso l'avv. Anna Romano (studio Curatola – D'Amato);

e nei confronti di

\*\*\*\* ASSICURAZIONI SPA, in persona del legale rappresentate p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Noviello, Gaetano Morazzoni, Ludovico Villani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla via Asiago n. 8;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria Sez. Staccata Reggio Calabria - n. 48/2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2004 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi l'avv. Cacciavillani per delega dell'avv. Vinti, l'avv. Pitruzzella per delega dell'avv. Romano e l'avv. Villani;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### F A T T O

Con atto di appello notificato il 13-17 maggio 2004 la \*\*\*\* chiedeva l'annullamento della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso di primo grado con il quale l'appellante aveva impugnato l'atto (delibera n. 34 del 2003 del CONSORZIO per lo SVILUPPO INDUSTRIALE della PROVINCIA DI REGGIO CALABRIA) recante annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto del servizio di brokeraggio assicurativo disposta con atto per Notar Antonio De Tommasi del 1 ottobre 2002 rep. N. 77244 in favore di essa \*\*\*\*, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenziali a detta delibera di annullamento in autotutela, alcuni dei quali specificamente indicati in ricorso.

Il Tar della Calabria ha rigettato il ricorso nel merito.

Si sono costituite in appello, resistendo all'impugnazione e chiedendone il rigetto, il CONSORZIO e la ditta \*\*\*\* aggiudicataria dell'appalto per atto impugnato con motivi aggiuntivi proposti in primo grado.

#### D I R I T T O

L'appello è infondato.

La gara in esame, bandita con atto del 19 luglio 2002 sulla GURI del 5 agosto 2002, è un pubblico incanto per l'affidamento per tre anni del servizio di brokeraggio assicurativo da svolgersi secondo i patti, i termini e modalità stabiliti nel disciplinare di incarico allegato al bando.

Il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando, all'art. 9, dispone le modalità di compilazione della graduatoria delle offerte derivante dall'applicazione dei punteggi complessivi assegnati ad ogni offerta (max 100) scaturenti dalla sommatoria dei diversi punteggi attribuibili a sei diversi elementi (indicati con le lettere da A ad F) di cui ogni offerta deve comporsi secondo quanto prevede l'art. 3.

Gli elementi dell'offerta indicati alle lettere A e B dell'art. 5, e per i quali secondo l'art. 9 sono attribuiti 25 punti massimo ciascuno, sono costituiti da:

A. il numero e l'elenco degli enti pubblici annoverati fra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda, esclusi gli enti locali di cui alla successiva lettera B;

B. il numero e l'elenco degli enti locali di cui all'art. 2, 1° co., del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, (Comuni, Province, città metropolitane, comunità montane, comunità isolate, unioni di comuni) annoverati fra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda.

Secondo quanto risulta dal verbale di gara del 16 ottobre 2003 redatto da notaio De Tommasi, il presidente di gara, dopo aver ammesso alla partecipazione tre soli concorrenti, ha proceduto all'apertura delle offerte e quindi all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla fissazione della graduatoria:

\*\*\*\* punti 99

\*\*\*\* punti 68

SBA punti 51.

La gara è stata quindi aggiudicata provvisoriamente all'impresa ricorrente, \*\*\*\*.

Con nota del 21 ottobre 2003, l'ASIREG, ha comunicato alla \*\*\*\* l'aggiudicazione provvisoria ed ha chiesto l'invio della documentazione comprovante il possesso dei requisiti autodichiarati.

La \*\*\*\* ha inviato quanto richiesto, precisando, con riguardo alle certificazioni dell'INPS , dell'INAIL e dell'Ufficio delle Entrate, relative al requisito del regolare pagamento dei contributi previdenziali, assistenziali e delle tasse, di aver presentato presso i rispettivi enti la richiesta di rilascio dei certificati comprovanti quanto già autodichiarato in sede di gara e di essere in attesa di poterli ritirare.

Ha poi trasmesso all'ASIREG la copia delle rispettive richieste rivolte a detti enti con il timbro del protocollo di ricezione.

Con nota in data 20 dicembre 2002, a firma del responsabile del procedimento, l'ASIREG comunica di aver preso nota delle richieste di \*\*\*\* agli uffici competenti al rilascio dei certificati precisando di rimanere in attesa di riceverli.

Nella medesima nota si chiede integrazione documentale con riferimento alla documentazione comprovante gli enti pubblici annoverati fra i clienti della \*\*\*\* alla data di presentazione della domanda (il bando di gara, come sopra riportato, richiede testualmente, sia all'art. 5 che all'art. 9 , l'indicazione del numero degli enti pubblici annoverati fra i clienti dell'offerente alla data di presentazione della domanda).

L'ASIREG mostra di effettuare una particolare interpretazione – a giudizio dell'appellante – del bando di gara, contesta infatti la documentazione presentata da \*\*\*\* perché non idonea a comprovare l'esistenza di un incarico in atto alla data di presentazione della domanda, e chiede pertanto l'integrazione della documentazione inviata.

Con propria nota del 13 gennaio 2003 la \*\*\*\* rileva come la richiesta di ASIREG contrasti con quanto prescritto dal bando di gara nel quale non si chiede affatto che gli incarichi degli enti pubblici siano ancora in atto alla data di presentazione della domanda, comunque la \*\*\*\* trasmette un nuovo elenco.

Di seguito l'ASIREG comunica con nota del 10 febbraio 2003 l'avvio del procedimento per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria.

Quale motivo di annullamento adduce l'erroneità dell'interpretazione data da \*\*\*\* al bando (punti A e B degli artt. 5 e 9) in cui , al fine di rilevare le capacità tecnico-organizzative dei concorrenti, si chiede agli stessi di elencare il numero degli enti pubblici e degli enti locali annoverati fra i propri clienti alla data di presentazione della domanda.

L'atto di autotutela è stato impugnato con il ricorso di primo grado. Esso indica che al momento della dimostrazione dell'esistenza dei requisiti autocertificati sarebbe emersa l'erronea interpretazione data dalla \*\*\*\* al bando di gara; che , a seguito della richiesta di ASIREG sarebbe stata fornita una documentazione idonea solo per 21 enti pubblici dei 66 indicati e per 8 enti locali; che la \*\*\*\* non avrebbe prodotto i certificati INPS, INAIL e dell'UFFICIO delle ENTRATE; che vi sarebbe, infine, una divergenza tra il portafoglio clienti inizialmente dichiarato e la documentazione prodotta a riprova della veridicità della dichiarazione in quanto comunque si sarebbe prodotta una documentazione relativa ad 83 enti pubblici ( su 99 dichiarati ) e 67 enti locali (su 70 dichiarati).

Il Tar non ha ritenuto che l'atto impugnato abbia natura di atto di autotutela, avendolo riportato ad " un congegno procedurale, tipico delle gare indette da enti pubblici, che prevede la fase endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria a cui segue la verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta dalla ditta individuata come aggiudicataria.

Solo in caso di esito positivo l'aggiudicazione diviene definitiva, mentre l'esito negativo del riscontro determina l'inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria.

Non si tratterebbe quindi, al di là del nomen attribuito dall'amministrazione al provvedimento, di un provvedimento di secondo grado, la cui adozione è legittima, qualora si tratti di autoannullamento in presenza del duplice requisito dell'illegittimità dell'atto oggetto dell'annullamento e dell'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, ciò perché l'aggiudicazione provvisoria crea una situazione di mera aspettativa, non una posizione giuridica qualificata , di pieno diritto.

L'atto impugnato costituirebbe applicazione del bando, ed, in particolare della clausola di cui all'art. 12 n. 4 che stabilisce che il mancato conferimento dei dati nei termini e modi richiesti dal bando, comporta l'esclusione dalla gara o la decadenza dall'eventuale aggiudicazione e 13, 2° co., secondo il quale il CONSORZIO può procedere, in qualsiasi momento, a verifiche d'ufficio in merito alla veridicità delle dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara.

Secondo l'appellante il Tar ha omesso di considerare l'effettivo contenuto dell'impugnato atto amministrativo, dotato di ricchissima motivazione.

Il bando distingue fra requisiti di partecipazione ed elementi dell'offerta e prevede la verifica con conseguente inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria solo in merito ai primi (requisiti di partecipazione) e non ai secondi (elementi dell'offerta).

Dal mancato riscontro degli elementi dell'offerta non deriverebbe quale conseguenza automatica la perdita dell'aggiudicazione, essendo solo risultante, in tal caso, che il ricorrente ha goduto di un punteggio non dovuto.

Osse\*\*\*\* la Sezione che in giurisprudenza si è ritenuto che il provvedimento col quale l'amministrazione dispone l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica non deve essere preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n.

241, stante la natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, poiché atto conclusivo del procedimento è il provvedimento di aggiudicazione definitiva. (C. Stato, sez. V, 02-07-2001, n. 3605).

Ciò, di norma, poiché talvolta si è notato che in caso d'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico, l'avviso d'avvio del relativo procedimento è necessario solo ove la rimozione implichi valutazioni discrezionali o l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento, superfluo appalesandosi invece qualora si tratti di un provvedimento basato su presupposti verificabili in modo immediato ed univoco, per i quali le esigenze di garanzia e trasparenza, sottese a tale formalità, recedono e riprendono piena espansione i criteri d'economicità e di speditezza da cui è retta l'azione amministrativa (C. Stato, sez. V, 17-07-2001, n. 3954)

L'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico, poi, quando consegua a valutazioni tecniche obbligate e predeterminate, anziché a valutazioni discrezionali, è non già un atto d'autotutela stricto sensu, bensì l'esito pressoché vincolato di una verifica a sua volta necessitata, onde non abbisogna d'alcuna motivazione in ordine all'interesse pubblico alla rimozione (C. Stato, sez. V, 17-07-2001, n. 3954).

L'aggiudicazione provvisoria, in conclusione, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo, legittima la partecipazione di questi alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione preordinate all'adozione dell'aggiudicazione definitiva e/o all'approvazione degli atti di gara o del contratto.

Si è così ritenuto che a recidere tale posizione giuridica sia sufficiente la mera adozione di un atto soprassessorio: così per C. Stato, sez. V, 03-03-2001, n. 1227 un atto soprassessorio della stazione appaltante che si inserisce nel procedimento ad evidenza pubblica, tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva e della stipula contrattuale, non richiede un autonomo avvio di procedimento, né una particolare motivazione, risultando sufficiente la comunicazione di non poter dar corso all'esecuzione dei lavori per cause non dipendenti dalla propria volontà e di essere intenzionato a procedere all'annullamento della gara d'appalto a suo tempo esperita, con ciò preannunciando l'«annullamento» (rectius revoca) degli atti di gara, con atto sufficiente a concretare un avviso alla aggiudicataria.

Quanto all'osse\*\*\*\*zione , avanzata nell'atto di appello, a tenore della quale la verifica in questo caso riguarderebbe elementi dell'offerta e non requisiti per la partecipazione alla gara va rilevato che l'atto impugnato in primo grado dà rilievo anche alla mancata produzione delle certificazioni di correttezza contributiva e tributaria (che sono condizioni di ammissione ai sensi art. 2 n. 5 e 6 del bando di gara) e che, comunque , anche la verifica d'ufficio in merito alla veridicità di qualsiasi dichiarazione (art. 13) può condurre all'esclusione dalla gara a tenore del bando e dei principi generali in materia di evidenza pubblica.

La generalità del potere di riesame della veridicità delle dichiarazioni è stata affermata da C. Stato, sez. V, 11-06-2001, n. 3130 secondo cui nell'ambito degli appalti di lavori pubblici l'art. 10, 1º comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, prevede una forma di controllo c.d. ordinario sulla attendibilità delle dichiarazioni dei partecipanti (mediante una verifica «a campione» attraverso un sorteggio ed obbligando l'amministrazione a svolgere gli stessi accertamenti nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato) che non costituisce di per sé un ostacolo all'esercizio del generale potere di riesame da parte dell'amministrazione stessa (ispirato al principio di autotutela decisoria della p.a.) in un momento successivo alla conclusione del procedimento, attraverso forme di controllo c.d. straordinario (nel caso di specie, la prefettura aveva invitato tutte le stazioni appaltanti ad effettuare controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di certificazione di correttezza contributiva prodotte dalle ditte partecipanti alla gara e l'amministrazione comunale aveva proceduto, non essendo stata espletata la

verifica «a campione» prevista dall'art. 10, 1º comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, ad un accertamento, dopo l'aggiudicazione, con conseguente esclusione dalla gara delle ditte inadempienti agli obblighi retributivi).

Nella specie il bando ha previsto, all'art. 10 che l'appalto venisse aggiudicato provvisoriamente al concorrente che avesse conseguito il più alto punteggio ed ha subordinato espressamente l'aggiudicazione definitiva al soddisfacimento delle condizioni poste dal successivo art. 11; l'art. 11, a sua volta prevedeva che, prima dell'aggiudicazione definitiva l'aggiudicatario fosse tenuto a provare l'effettivo possesso di tutti i requisiti richiesti dal presente bando di gara esibendo, entro dieci giorni dalla relativa richiesta, i documenti allo scopo prescritti dalla legislazione vigente” ; in ultimo il bando concludeva prevedendo il generale potere di riesame della veridicità delle dichiarazioni prima dell'aggiudicazione definitiva (art. 13) e, quindi, corretta è la qualificazione dell'atto impugnato come atto di autotutela (che annulla pur sempre l'atto di aggiudicazione provvisoria che è connotato tuttavia da effetti instabili) a contenuto pressoché vincolato.

L'art. 11 menzionando i “requisiti” da verificare nei confronti dell'aggiudicatario in via provvisoria non intendeva limitarsi ai requisiti di partecipazione ma anche a quelli autocertificati rilevanti per la formazione della graduatoria.

Venendo ora al primo motivo del ricorso di primo grado va rilevato che con esso \*\*\*\* sostiene l'erroneità dell'interpretazione data dall'amministrazione consortile delle clausole del bando di gara relative al c.d. portafoglio clienti dei vari concorrenti alla gara.

In particolare si sostiene che l'espressione “annoverati fra i propri clienti alla data di presentazione della domanda” andasse correttamente intesa come riferita a tutti i clienti pubblici con cui, nel corso della propria attività il concorrente avesse intrattenuto rapporti di brokeraggio assicurativo, e non invece con riferimento ai soli rapporti di brokeraggio in corso alla data di presentazione della domanda in oggetto.

La ricorrente invoca il principio per cui in caso di dubbio interpretativo dovrebbe seguirsi l'interpretazione più favorevole al ricorrente in modo da favorire la massima partecipazione alla gara.

Contesta inoltre la ragionevolezza della clausola qualora interpretata nel senso voluto dall'amministrazione, perché non consentirebbe di trarre alcuna utile indicazione in merito alla capacità tecnica del concorrente, imponendo di segnalare i servizi appena avviati e non quelli portati a compimento.

Il Tar ha ritenuto che le clausole del bando prima richiamate non potevano che riferirsi ai rapporti di brokeraggio in corso, essendovi un riferimento alla data di presentazione della domanda, mentre se il bando avesse voluto dare rilievo ai rapporti passati avrebbe chiesto un certificato di regolare esecuzione che, nella specie, mancava.

L'interpretazione non è stata poi adeguata al canone volto a favorire la massima partecipazione alla gara in quanto tale regola è stata ritenuta inapplicabile alle clausole stabilite ai fini dell'attribuzione del punteggio, ossia operanti in momento successivo a quello dell'ammissione, il momento della valutazione comparativa e selezione degli offerenti.

Inoltre il giudice di primo grado ha osse\*\*\*\*to che il CONSORZIO ha invitato l'impresa a produrre documenti in base alla corretta lettura del bando, senza determinare pregiudizi alla partecipazione.

Nel criticare la sentenza l'appello sottolinea la debolezza degli argomenti logici utilizzati dal giudice di primo grado, poiché la "data di presentazione della domanda" ben avrebbe potuto inserirsi per escludere dall'elenco clienti solo potenziali, non ancora acquisiti, non certo per escludere clienti passati.

Si insiste sulla scarsa significatività dell'informazione richiesta dal bando, ove interpretato nel senso di richiedere l'indicazione di rapporti esistenti ad una certa data, rapporti che non è possibile conoscere se siano stati regolarmente eseguiti (perché sono in corso) e che potrebbero anzi significare negativamente che il concorrente, essendo impegnato su più fronti, potrebbe non essere in grado di assicurare un pieno e perfetto adempimento.

Si richiama l'art. 14 del d.lgs. n. 157/1995 che si riferisce a servizi prestati (ossia già eseguiti) per dimostrare la capacità tecnica.

Osse\*\*\*\* il Collegio che il bando non è stato impugnato venendo in gioco quindi la sua semplice interpretazione .

Tale interpretazione va condotta non solo in base al principio di ragionevolezza ma soprattutto in base alla lettera del bando interpretato alla luce della primaria necessità di garantire la esigenza della par condicio dei concorrenti.

Nelle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della p.a., il bando va interpretato in modo formale, dato che ciò risponde, da un lato, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, dall'altro, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti; soltanto nel varco aperto da un'equivoca formulazione della lettera d'invito o del bando può trovare applicazione il principio di massima partecipazione (secondo cui, cioè, va data preferenza all'interpretazione del bando che consente la più ampia ammissione degli aspiranti). (C. Stato, sez. V, 17-12-2001, n. 6250) principio quest'ultimo che non opera in relazione alle clausole destinate a produrre effetti nella fase di attribuzione dei punteggi e di formazione della graduatoria .

Ciò perché in sede di gara di appalto, le relative regole stabilite dal bando vincolano l'operato della p.a. per cui questa deve limitarsi alla loro applicazione senza che residui in capo all'organo competente alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione, specialmente quando il significato delle clausole è chiaro ed insuscettibile di diverse opzioni ermeneutiche e nella loro attuazione; tale orientamento è giustificato con riferimento sia alla tutela della par condicio dei concorrenti che sarebbe certamente pregiudicata ove si consentisse la successiva modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis sia al rispetto del principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui la amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (C. Stato, sez. V, 20-05-2002, n. 2717).

Osse\*\*\*\* il Collegio che se il bando avesse voluto dare rilievo all'esperienza pregressa dei concorrenti, allora non avrebbe certo limitato la richiesta documentale al numero dei rapporti di brokeraggio gestiti alla data di presentazione della domanda, ma avrebbe chiesto la prova della corretta esecuzione dei rapporti.

L'amministrazione, comunque anche volendo ritenere ragionevole l'interpretazione prospettata dalla impresa ricorrente, non avrebbe potuto interpretare il bando nel senso voluto dall'odierna appellante per non violare, stante il tenore testuale della clausola, la par condicio.

L'amministrazione a quel punto avrebbe potuto annullare tutta la gara (con scelta che evidentemente è stata ritenuta contraria al principio di economicità poiché il dato informativo richiesto è pur sempre fortemente indicativo della capacità tecnica) ovvero richiedere alla \*\*\*\* dati ed informazioni secondo la corretta lettura del bando che è esattamente ciò che è accaduto.

Ma la \*\*\*\* dopo avere dichiarato, a correzione delle dichiarazioni rese in sede di gara, di possedere un portafoglio di 66 enti pubblici e 45 enti locali non è stata in grado di dimostrare questa circostanza.

Con il secondo motivo l'impresa lamenta che l'amministrazione non si sia determinata all'annullamento dell'intera gara.

Il Tar ha ritenuto che la clausola era dotata di univoco significato e che l'amministrazione si è semplicemente avvalsa del meccanismo di cui agli artt. 10 ed 11 del bando per riconsiderare la posizione dell'aggiudicatario provvisorio, chiedendo la documentazione in conformità all'interpretazione ritenuta corretta.

La sentenza viene criticata rilevando che la definizione puntuale di ciò che i concorrenti avrebbero dovuto produrre ai fini della formulazione dell'offerta andava effettuata prima dello svolgimento della gara e non dopo.

Orbene l'amministrazione, annullando l'intera gara, per il fatto che in buona fede l'appellante aveva ipotizzato di formulare l'offerta in relazione a tutti i rapporti pregressi, avrebbe senz'altro violato il canone di economicità della procedura, e, pertanto ha invitato l'impresa a produrre i documenti rilevanti alla luce della corretta (ancorché formale) interpretazione del bando, senza tener conto delle autodichiarazioni rese in sede di gara difformi dal reale.

Ma anche tale atteggiamento "sostanzialista" dell'amministrazione, teso a non escludere l'impresa immediatamente tenendo conto del margine della possibilità interpretativa prospettata contro la lettera della clausola ma in base al principio di ragionevolezza, non giovava all'impresa appellante che non produceva i documenti richiesti in modo tale da consentire la conferma delle valutazioni relative all'attribuzione dei punteggi effettuate ai fini dell'aggiudicazione provvisoria.

Non può censurarsi la decisione amministrativa di non annullare l'intera procedura per ragioni di legittimità, a fronte dell'esistenza di un'altra legittima strada percorsa dall'amministrazione per la conse\*\*\*\*zione degli atti ossia l'ammissione alla "sanatoria" dell'impresa ricorrente.

Il terzo, il quarto ed il quinto motivo di ricorso sono infondati perché presuppongono la natura di atto di autotutela discrezionale del provvedimento impugnato.

Il sesto ed il settimo motivo di ricorso sono incentrati sul mancato svolgimento da parte del CONSORZIO di autonome attività di indagine sulla idoneità della documentazione prodotta (relativa al portafoglio clienti ed alla correttezza contributiva).

La verifica dei requisiti autodichiarati è condotta sulla documentazione offerta ai sensi di legge, senza possibilità di ipotizzare attività conoscitive integrative da parte dell'amministrazione, che risulterebbero in violazione della par condicio né possibilità di tener conto della documentazione offerta successivamente ai termini prefissati dalla stazione appaltante .

Le censure specifiche sono incentrate su documentazione che l'appellante asserisce avrebbe prodotto ove ne fosse stata richiesta, ignorando di aver già goduto di una possibilità di sostanziale "sanatoria" della propria offerta (sulla cui ammissibilità cfr. CdS V, 4 novembre 2004 n. 7140), in virtù del rilievo dato dall'amministrazione alla "buona fede" dell'offerente .

Né l'amministrazione aveva l'obbligo di procurarsi di ufficio i certificati di correttezza contributiva e tributaria poiché si tratta di oneri di produzione documentale dell'impresa, che avrebbe potuto e dovuto premunirsi del necessario ad evitare l'inosse\*\*\*\*nza del bando, acquisendo tali certificazioni prima

della decorrenza del termine assegnatole per la produzione, essendo irrilevanti i ritardi degli enti competenti (CdS V, 9 dicembre 2002 n. 6768) a fronte di adempimenti astrattamente previsti dalla lex specialis della gara (oltre che da numerose analoghe disposizioni di legge in materia quali l'art. 10 comma 1 quater della legge 11 febbraio 1994 n. 109; ed in precedenza , dall'art. 19 della legge n. 584/1977; dall'art. 30 del d.lgs. n. 406/1991 ).

Va in ultimo rilevato che il provvedimento esamina in modo analitico la documentazione prodotta relativamente al portafoglio clienti, concludendo che solo per un numero esiguo di clienti (21 enti pubblici su 66 indicati nella seconda dichiarazione e 8 enti locali su 45) esiste la prova di un incarico in vigore alla data di presentazione della domanda.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 17 dicembre 2004 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 26 aprile 2005

\$

\*\*\*\* Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria Sez. Staccata Reggio Calabria - n. 48/2004

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 48/2004

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA - SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso N. 1057/03 R.G. proposto da \*\*\*\*. \*\*\*\* S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof. Stefano VINTI, Pierfrancesco PALATUCCI e Prof. Alfredo CARACCIOLI, presso lo studio del quale in Reggio Calabria, Via Cairoli, 22 è elettivamente domiciliata

CONTRO

Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Prof. Antonio ROMANO, elettivamente domiciliato in Reggio Calabria, Via Camagna, 6 (studio Manganaro)

e nei confronti di

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* Assicurazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Rocco NOVELLO, Gaetano MORAZZONI e Francesco CHIRICO, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo sito in Reggio Calabria, Via Aschenez, 62

per l'annullamento

della delibera n. 34 dell'11 marzo 2003 del Consorzi per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Reggio Calabria, a firma del Commissario Straordinario, con la quale in via di autotutela è stata annullata l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo disposta, con atto per Notar Antonio De Tommasi del 17 ottobre 2002 rep. N. 77244, in favore della \*\*\*\*. \*\*\*\* S.p.a.;

della nota del Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Reggio Calabria (ASIREG) in data 14 marzo 2003, prot. 728 con la quale si dava notizia dell'intervenuto annullamento d'ufficio di cui sub a);

per quanto occorra della nota ASIREG in data 10 febbraio 2003 prot. 503, con la quale si comunicava l'avvio del procedimento per l'annullamento della suddetta aggiudicazione provvisoria;

per quanto occorra, della nota ASIREG del 21 ottobre 2002, prot. 3351, del 20 dicembre 2002 prot.

4649, e della relazione del responsabile del procedimento integralmente riportata nell'atto sub a);

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale

e per l'annullamento

della deliberazione n. 117 del 15 settembre 2003 del Commissario Straordinario del Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Reggio Calabria con la quale sarebbe stato deciso di aggiudicare definitivamente l'appalto di servizio alla seconda i graduatoria \*\*\*\* – \*\*\*\* Assicurazioni S.p.a.;

della nota ASIREG in data 1 ottobre 2003 prot. 3495, con la quale è stata comunicata l'adozione della delibera sub a) alla Generale Broker Service S.p.a.;

di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale

nonché per il risarcimento dei danni, anche in forma specifica

\*\*\*\*\*

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonché il ricorso per motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio e della controinteressata \*\*\*\*

Viste le memorie presentate nell'interesse delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato per la pubblica udienza del 3 dicembre 2003 il relatore Caterina CRISCENTI ed uditi i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Il Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia Di Reggio Calabria (ASIREG) ha indetto un pubblico incanto da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento per anni 3 del servizio di brokeraggio assicurativo.

Il bando dispone all'articolo 9 le modalità di compilazione della graduatoria delle offerte, derivante dall'applicazione dei punteggi complessivi assegnati ad ogni offerta (massimo 100 punti) scaturenti dalla sommatoria dei diversi punteggi attribuibili ai sei diversi elementi, indicati all'articolo 5, con lettere da A ad F.

Gli elementi dell'offerta indicati alle lettere A e B dell'articolo 5 sono costituiti da: A. il numero nell'elenco degli enti pubblici annoverati tra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda, esclusi gli enti locali di cui alla successiva lettera B. B. il numero e l'elenco degli enti locali di cui all'art. 2, 1° comma, del D.lgs. 18 agosto 2000 numero 267... annoverati tra i propri clienti in Italia, alla data di presentazione della domanda.

Secondo quanto risulta dal verbale di gara del 16 ottobre 2002, il presidente di seggio, dopo aver ammesso alla partecipazione tre soli concorrenti, ha proceduto all'apertura delle offerte ed all'assegnazione dei relativi punteggi, fissando la seguente graduatoria: 1. \*\*\*\* S.p.a. – punti 99; 2. \*\*\*\* - \*\*\*\* Assicurazioni S.p.a. – punti 68; 3. SBA Broker S.r.l. – punti 51.

La gara è stata dunque aggiudicata provvisoriamente all'impresa odierna ricorrente.

Con nota del successivo 21 ottobre l'ASIREG ha comunicato alla \*\*\*\* l'aggiudicazione provvisoria ed ha chiesto l'invio della documentazione comprovante il possesso dei requisiti autodichiarati. Con nota di risposta del 13 novembre la \*\*\*\* ha inviato quanto richiesto, precisando con riguardo alle certificazioni dell'Inps dell'Inail e dell'ufficio delle entrate di aver già presentato le richieste di rilascio dei certificati.

Con nota del 20 dicembre 2002 l'ASIREG, preso atto delle richieste fatte agli Uffici competenti, ha contestato però la documentazione comprovante gli enti pubblici annoverati tra i clienti della \*\*\*\*, poiché inidonea a comprovare "l'esistenza di un incarico alla data di presentazione della domanda" e chiedeva pertanto la modifica della documentazione inviata.

Con propria nota il 13 gennaio 2003 la società ricorrente rileva come la richiesta dell'ASIREG contrasti col bando, il quale non richiede affatto che gli incarichi siano ancora in vigore, ma provvede comunque trasmettere un nuovo elenco, ridotto rispetto al precedente, degli enti propri clienti con i quali ha in corso un rapporto.

Con delibera n. 34 del 11 marzo 2003 l'ASIREG dispone l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto: a) sarebbe emersa un'erronea interpretazione del bando, nel punto in cui si richiede il numero e l'elenco degli enti pubblici e degli enti locali annoverati tra i propri clienti alla data di presentazione della domanda; b) a seguito della richiesta di comprovare solo gli incarichi in vigore alla data di presentazione della domanda, sarebbe stata fornita una documentazione idonea solo per 21 enti pubblici su 66 indicati e per 8 enti locali di 45 indicati; c) non sono stati prodotti certificati dell'Inail, Inps e Ufficio delle entrate; d) vi sarebbe comunque una divergenza tra il portafoglio clienti inizialmente dichiarato e la documentazione prodotta quale prova, in quanto la stessa era relativa ad 83 enti pubblici su 99 dichiarati e 67 enti locali su 70 dichiarati.

Avverso detta delibera nonché gli altri atti in epigrafe indicati la ricorrente propone le seguenti censure:

I. Violazione della lex specialis di gara nonché delle regole di ermeneutica valevoli per l'interpretazione della stessa. Violazione dei canoni di correttezza e buona fede. Violazione del principio secondo cui nel dubbio le clausole del bando vanno intese in senso favorevole all'ampliamento dei partecipanti. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza. L'interpretazione del bando fornita dall'ASIREG non è supportata né da elementi testuali né da elementi logici. Dall'esame testuale delle

clausole del bando emerge che non era richiesto ai concorrenti di indicare e documentare solo i contratti di brokeraggio in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda, ma solo di indicare gli enti annoverati tra i propri clienti a tale data. L'interpretazione posta a base degli atti impugnati, che imporrebbe di segnalare servizi appena avviati (e non piuttosto quelli già portati a compimento) è comunque illogica perché non consente di trarre alcuna utile indicazione in merito alla capacità tecnica del concorrente. In ogni caso le clausole devono essere interpretate in modo da favorire la massima partecipazione dei concorrenti.

II. Eccesso di potere, illogicità, irragionevolezza, presupposto erroneo, contraddittorietà. Violazione dei principi di trasparenza e della par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere, sviamento. L'ente appaltante ha modificato in corso di gara la disciplina dettata nel bando e nel dubbio, espresso nella nota del 10 febbraio 2003 e nella delibera consortile 34/03 sull'interpretazione data dagli altri concorrenti ai punti A e B degli artt. 5 e 9 del bando di gara, si sarebbe dovuto procedere all'annullamento dell'intera procedura e non già della sola aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'odierna ricorrente.

III. Eccesso di potere, carenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela decisoria. Eccesso di potere illogicità ed irragionevolezza. Violazione del principio di tutela dell'affidamento. Non sussistono concrete ed attuali ragioni di pubblico interesse per agire in autotutela, anche in considerazione del fatto che, pur tenendo in considerazione solo i rapporti tra \*\*\*\* ed enti pubblici in vigore al momento di presentazione della domanda, l'esito della procedura selettiva non muterebbe, perché tale numero è ampiamente superiore a quello dichiarato dalla seconda classificata, odierna controinteressata.

IV. Violazione del principio di tutela dell'affidamento dei privati. Eccesso di potere. Carenza di motivazione. Violazione dell'art. 1337 c.c.. In alcun modo nella delibera impugnata si dà contezza della effettuazione della pur dovuta comparazione tra l'interesse pubblico, concreto ed attuale, all'atto di autotutela e la posizione dell'aggiudicatario, tant'è vero che con nota del 12 febbraio 2003 l'ASIREG ha di fatto invitato la società di brokeraggio a svolgere il servizio aggiudicato, concretamente avvalendosi dell'attività svolta dal broker.

V. Violazione dell'art. 7 della legge 241 del 1990. Eccesso di potere, illogicità, irragionevolezza, carenza di istruttoria, violazione degli artt. 77 bis, 43 e 46 del d.p.r. 445/00. Violazione dell'art. 16 D.lgs. 157/95. Nella comunicazione di avvio del procedimento di autotutela del 10 febbraio 2003 non risulta citata la mancata produzione dei certificati Inail, Inps e dell'Ufficio delle Entrate. In ogni caso l'amministrazione avrebbe dovuto invitare l'impresa a completare la certificazione, se non addirittura acquisirli d'ufficio, trattandosi di certificati concernenti stati e qualità personali.

VI. Ulteriore violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di riesame. Violazione dell'art. 16 D.lgs. 157/95. Carenze istruttorie, eccesso di potere, illogicità, irragionevolezza, errore di fatto. Anche in ordine ai due restanti argomenti addotti dall'ASIREG a sostegno dell'annullamento la comunicazione di avvio concerneva profili diversi, ossia il problema dell'esegesi del bando e non già l'idoneità della documentazione richiesta per dimostrare il rapporto di clientela. Inoltre il bando non prescrive nessuna modalità di prova del rapporto di clientela e, dunque, qualsiasi documento avrebbe dovuto essere reputato idoneo. Quanto poi agli specifici rilievi mossi nelle delibera n. 34 essi sono assolutamente erronei perché frutto di un mancato approfondimento istruttorio o di sviste.

VII. Eccesso di potere, carenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela: carenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale, violazione della lex specialis di gara, errata applicazione dell'art. 11 del bando di gara, ulteriore carenza di istruttoria. L'eventuale marginale incompletezza della documentazione prodotta non avrebbe mai potuto condurre all'annullamento dell'aggiudicazione,

prevedendo l'art. 11 del bando solo l'obbligo di provare il possesso dei requisiti e tali non sono tutti i rapporti di clientela indicati in offerta.

Conclude, dunque, la ricorrente per l'annullamento di tutti gli atti impugnati e per il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Resiste al gravame l'ASIREG e premesso che il provvedimento impugnato non ha natura di atto di autotutela decisoria, ma attua un congegno disciplinare che configura una vera e propria condicio juris sospensiva a carico dell'aggiudicazione provvisoria, contesta tutte le censure mosse nel ricorso, del quale chiede l'integrale reiezione.

Si costituisce anche l'impresa controinteressata, contestando tutti i motivi di ricorso, del quale chiede il rigetto.

Con atto notificato il 5 novembre 2003 la società \*\*\*\* impugnava con motivi aggiunti ex art. 21 l.n. 1034/71 la deliberazione n. 117 del 15 settembre 2003 con la quale il Commissario straordinario del Consorzio aggiudicava definitivamente l'appalto di servizio alla seconda in graduatoria \*\*\*\* S.p.a., riproponendo le censure già svolte col ricorso principale e contestando anche la violazione dell'art. 3 l.n. 241/90 e l'eccesso di potere sotto il profilo della carenza di motivazione in quanto alla nota dell'1 ottobre 2003 prot. 3495 (anch'essa impugnata) con la quale l'ASIREG comunicava appunto l'aggiudicazione definitiva non era allegata una copia della deliberazione stessa, di cui pertanto diveniva impossibile conoscere pienamente il contenuto e l'iter motivazionale.

Acquisite ulteriori memorie difensive, all'udienza pubblica del 3 dicembre 2003, sentite le parti, la causa è stata posta in decisione.

## D I R I T T O

1. Deve preliminarmente precisarsi che il Collegio condivide e fa propria la ricostruzione della fattispecie in esame, operata dalla difesa del Consorzio nel controricorso del 30 maggio 2003.

1.1. La deliberazione n. 34/03 di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, che era stata operata in favore della società \*\*\*\*, non costituisce un provvedimento di autotutela decisoria. Esso attua invece un congegno procedurale tipico delle gare indette da enti pubblici, che prevede la fase endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, a cui segue la verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede d'offerta dalla ditta individuata come aggiudicataria. Solo in caso di esito positivo della predetta verifica l'aggiudicazione può divenire definitiva; l'esito negativo determina invece l'inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria.

D'altronde, proprio la non definitività, la provvisorietà appunto della prima aggiudicazione chiarisce la diversità del meccanismo in parola rispetto a quello dei procedimenti di secondo grado, i quali possono discrezionalmente essere attivati solo al ricorrere di un interesse pubblico, concreto ed attuale, alla rimozione di un provvedimento che per quanto illegittimo, è però definitivo, ha spiegato i suoi effetti ed ha creato non già una situazione di mera aspettativa - come nel caso dell'aggiudicazione provvisoria - ma una posizione giuridica qualificata, di pieno diritto.

1.2. Né a considerazioni differenti può condurre la circostanza che nel caso di specie la stessa amministrazione, anche nel provvedimento impugnato, abbia invocato il proprio potere di autotutela, atteso che il contenuto sostanziale dell'atto risponde integralmente al predetto congegno così come delineato nel bando di gara agli artt. 10 e 11, anch'essi peraltro espressamente richiamati.

1.3. Non osta poi a tale ricostruzione il fatto, segnalato dalla ricorrente, che l'art. 11 del bando richieda solo la verifica del possesso dei requisiti, mentre l'elenco dei clienti costituirebbe un elemento dell'offerta e non già un requisito di partecipazione alla gara.

Premesso che non può escludersi, né il ricorrente lo esclude, che i dati indicati nell'offerta fossero oggetto di verifica e considerato che tale verifica non può che avvenire prima dell'aggiudicazione definitiva, è innegabile, ad avviso di questo Tribunale, che il meccanismo di cui la stazione appaltante è tenuta ad avvalersi è lo stesso di quello predisposto per la verifica dei requisiti (ammesso che a tale termine voglia darsi un'interpretazione rigorosamente letterale) e non già un vero e proprio procedimento di secondo grado volto all'annullamento d'ufficio di un atto che, come si è detto, deve essere già produttivo di effetti.

Di ciò si trae conferma anche dagli artt. 12 n. 4 che stabilisce che il mancato conferimento dei dati, nei termini e nei modi richiesti dal bando, comporta l'esclusione dalla gara o la decadenza della eventuale aggiudicazione e 13, II co., secondo il quale il Consorzio può procedere, in qualsiasi momento, a verifiche d'ufficio in merito alla veridicità delle dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara.

2. Ciò premesso può procedersi all'esame delle censure mosse dalla ricorrente.

3. Il primo motivo di gravame è infondato.

Le clausole del bando sugli elementi dell'offerta, con specifico riguardo al portafoglio clienti, e da un punto di vista letterale e da un punto di vista logico, non potevano che riferirsi ai rapporti di brokeraggio in corso.

Milita decisivamente in tal senso il ripetuto richiamo alla data di presentazione della domanda: era necessario enumerare cioè solo coloro che erano clienti alla data di presentazione della domanda e tali non potevano considerarsi certamente gli enti con i quali il rapporto contrattuale era ormai concluso

D'altronde il riferimento agli enti con i quali la società ha intrattenuto solo in passato rapporti è logicamente privo di significato se non è accompagnato anche dalla richiesta di una certificazione di regolare esecuzione del rapporto, che nel caso mancava.

2.1. Né l'amministrazione consortile poteva far luogo all'interpretazione più favorevole al concorrente: come sostenuto in ricorso (pag. 11) le clausole ambigue devono essere interpretate in modo da favorire la massima partecipazione dei concorrenti, ma tale favor non può essere certo invocato ai fini dell'attribuzione del punteggio, cioè in un momento successivo della valutazione comparativa e selezione degli offerenti.

2.2. D'altronde, l'ente non ha tout court escluso la \*\*\*\* per il fatto che l'elenco annoverava anche rapporti non più in vigore, ma ha invitato la società a riformulare la dichiarazione sulla base della corretta lettura del bando

3. In ordine al secondo motivo, premesso, per quanto sin qui spiegato, che la clausola era univocamente interpretabile e non è stata modificata in corso di gara, deve escludersi che l'amministrazione fosse tenuta ad annullare l'intera gara, in quanto essa si è legittimamente avvalsa del meccanismo sopra rammentato, descritto dagli artt. 10 e 11, che subordinando l'aggiudicazione definitiva al fatto che l'aggiudicatario provi l'effettivo possesso di tutti i requisiti richiesti, esibendo entro dieci giorni dalla relativa richiesta, i documenti prescritti, esclude qualsiasi riconsiderazione dell'intera procedura di gara.

Anche la seconda censura è, dunque, infondata.

4. Il terzo, quarto e quinto motivo di ricorso sono pure infondati, in quanto muovono dal presupposto – già confutato – che la deliberazione impugnata sia un atto di annullamento d'ufficio: la corretta ricostruzione della fattispecie in esame, quale applicazione invece del meccanismo condizionale delineato dall'art. 11, esclude la ricorrenza di concrete ragioni di pubblico interesse per procedere all'annullamento, la necessità di valutare l'affidamento del privato interessato ed anche l'obbligo di inviare la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l.n. 241/90 (su quest'ultimo profilo cfr Cons. St, V, 2 luglio 2001 n. 3605; Tar Reggio Calabria, 28 aprile 1999 n. 519).

5. Anche il sesto e settimo motivo di ricorso non colgono nel segno.

Se è vero che il bando di gara non prescrive alcuna modalità di prova del rapporto di clientela, è altresì innegabile che comunque la \*\*\*\*\*, in fase di verifica, tale prova comunque non ha fornito se non per un numero assai esiguo di enti rispetto a quelli dalla stessa indicati.

5.1. Erra la società ricorrente laddove sostiene che qualsiasi documento che anche indirettamente dia atto di un rapporto di clientela avrebbe dovuto essere reputato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice, salvo un approfondimento istruttorio da parte della stessa.

Gli oneri di documentazione che ricadono sul soggetto individuato provvisoriamente come aggiudicatario sono ben più intensi e rigorosi rispetto a quelli che incombono sul partecipante e sono solitamente soggetti a brevissimi termini decadenziali.

Nel caso che ci occupa la \*\*\*\* è stata sollecitata, ben al di là del termine di 10 giorni fissato nel bando e rammentato anche nella richiesta del 21 ottobre 2002, a provare compiutamente “l'esistenza di un incarico alla data della presentazione della domanda”.

Ne deriva che da un lato non possono essere in alcun modo valutate in giudizio le critiche ai rilievi contenuti nella delibera impugnata, le quali, peraltro, rimandano per lo più ad un inesistente violazione del dovere da parte dell'ASIREG di manifestare i propri dubbi e chiedere ancora chiarimenti ed integrazioni della documentazione trasmessa, né ovviamente esaminata la copiosa documentazione prodotta in giudizio.

5.2. E dall'altro emerge con chiarezza che ciò che ha impedito concretamente l'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente non è stata affatto l'equivocità del bando, in forza della quale la \*\*\*\* pretenderebbe l'annullamento dell'intera procedura, ma solo la mancata dimostrazione del suo effettivo portafoglio clienti, indipendentemente da quella che era stata la iniziale interpretazione del bando fatta dall'odierna ricorrente ed al di là di quello che era stato l'elenco prodotto unitamente all'offerta.

6. Non meritevole di accoglimento è pure il ricorso per motivi aggiunti esperito avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto dall'ASIREG in favore della controinteressata.

Infondate, per le ragioni fin qui esposte, sono ovviamente tutte le censure già formulate nel ricorso principale e pedissequamente riproposte nei motivi aggiunti.

L'unica nuova dogliananza posta nel secondo gravame attiene al contenuto della nota con la quale è stata comunicata l'adozione della deliberazione n. 117/03 di aggiudicazione definitiva della gara in favore della società \*\*\*\*, senza allegazione del testo della deliberazione medesima.

La censura è infondata: anche volendo invocare nel caso in esame l'applicabilità dell'art. 3 l.n. 241/90, l'indicazione del dispositivo dell'atto è sufficiente a far comprendere alla destinataria la portata lesiva dello stesso e la segnalazione degli estremi consentiva, comunque, l'esercizio del diritto d'accesso.

Il ricorso deve, dunque, essere respinto ma si ravvisano equi motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria - definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso in epigrafe indicato.

Spese compensate.

Ordina all'autorità amministrativa di eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Reggio Calabria, nella Camera di Consiglio del 3 dicembre 2003.

Depositata Il 27 gennaio 2004