

E' necessaria la considerazione dell'interesse pubblico, ai fini del corretto esercizio del potere di autotutela: a seguito di un'aggiudicazione provvisoria, un'amministrazione richiede all'aggiudicataria di presentare la cauzione definitiva (a copertura

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 846 del 27 febbraio 2006 ci offre un importante spunto di riflessione in tema di possibilità riservata alle amministrazioni pubbliche, a seguito del principio dell'autotutela, ad annullare un'aggiudicazione (provvisoria) di una gara e a bandirne un'altra.

Si legge infatti nell'emarginata sentenza che:

<l'esercizio del potere di autotutela, in materia di gare di appalto ad evidenza pubblica, che hanno come fine la scelta del miglior contraente, secondo criteri di concorrenza tra i partecipanti e di parallela trasparenza dell'azione amministrativa, non può essere disgiunto dal perseguimento di esigenze di economicità e funzionalità, tali da imporre una attenta comparazione fra il ripristino della legalità, in ipotesi, violata e gli interessi concreti sia pubblico sia privato che da tale ripristino risultino eventualmente sacrificati.

Siffatte esigenze di economicità e funzionalità non possono considerarsi superabili solo in ragione della provvisorieta' dell'aggiudicazione, perché, se è vero che tale provvisorieta' preclude, in via di principio, il consolidarsi di posizioni di interesse privato, non per questo l'Amministrazione aggiudicatrice può

ritenersi assolta dall'obbligo di valutare adeguatamente se sussista, in relazione allo specifico vizio riscontrato, un interesse alla conservazione degli atti compiuti prevalente su quello all'annullamento degli stessi atti, ove, beninteso, non risultino pregiudicati i fondamentali principi del rispetto delle regole di gara e della correlata par condicio che tale rispetto garantisce>

Ma non solo.

Poiché:

< il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione gli abbia suscitato aspettative fondate>

ed avendo l'aggiudicatario:

<su richiesta dell'Amministrazione, presentato la "fideiussione a cauzione definitiva", ex art. 30, comma 2, della legge n. 109/1994.>

non dimenticando che:

< la funzione della garanzia fideiussoria è quella di andare a copertura di tutti gli eventuali oneri che dovessero derivare dalla mancata o inesatta esecuzione dei lavori>

allora

< è evidente che, nell'impresa aggiudicataria, che aveva sopportato il costo del rilascio della relativa polizza, una siffatta richiesta aveva indotto un legittimo affidamento circa l'esecuzione dei lavori>

a cura di *****

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 n. 5650 del 2005, proposto dalla **** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituita con la società ***, rappresentata e difesa dall'avv. *****, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'***** in Roma, Via Marianna Dionigi n. 57,

contro

- l'Università degli studi di Sassari, in persona del Rettore pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

- l'Università degli studi di Sassari - Ufficio Tecnico - in persona del Dirigente p.t., non costituito;
per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna n. 1176 del 25 maggio 2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 29 novembre 2005 il Cons. *****;

Uditi l'avv.*****o, per delega dell'avv. *****, e l'avv. dello Stato *****;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 22 novembre 2003 n. 272, l'Università degli Studi di Sassari indiceva un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e ampliamento degli istituti di Igiene e Medicina Preventiva e di Patologia Generale Medica, per un importo a base d'asta di € 2.785.693,80, così suddiviso: a) opere edili - categoria OGI prevalente € 1.701.302, 25; b) impianti tecnologici - categoria OG11 scorporabile € 981.100, 18.

Il bando richiedeva la qualificazione sia nella categoria prevalente sia in quella scorporabile, consentendo, in relazione a quest'ultima, il subappalto.

Alla selezione partecipava l'A.T.I. costituita tra la **** (in possesso dell'iscrizione alla categoria OG1) e la **** (in possesso della iscrizione nella categoria OG11), che, al termine delle operazioni di gara risultava aggiudicataria provvisoria.

Senonché il Dirigente dell'Ufficio Tecnico della suddetta Università, con nota in data 3 maggio 2004, ratificata dal Consiglio di amministrazione con deliberazione del 4 maggio 2004, ritenuta, sulla scorta della determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici n. 39 del 3 marzo 2004, l'illegittimità della clausola del bando che consentiva il subappalto delle opere appartenenti alla categoria OG11 e rilevato che non era ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, per non essere stata prodotta nei termini parte della documentazione richiesta alle società interessate, revocava la gara di appalto in questione.

Con ricorso notificato il 30 giugno 2004, l'A.T.I. impugnava, innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, il provvedimento di revoca, per violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 (in quanto non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento); per omessa motivazione circa il vizio inficiante l'aggiudicazione e circa l'interesse pubblico perseguito (giacché l'aggiudicataria era in possesso della qualificazione per entrambe le categorie richieste e non aveva fatto riserva di subappalto); per falso presupposto (relativamente all'omesso invio della documentazione concernente la regolarità contributiva e previdenziale).

A seguito di detto ricorso, l'Amministrazione, constatato che il precedente atto di ritiro era stato effettivamente adottato in assenza della preventiva comunicazione dell'avvio del procedimento, procedeva d'ufficio all'annullamento di detto atto e dava notizia all'aggiudicataria provvisoria dell'intento di procedere all'annullamento degli atti di gara, assegnando un termine per le controdeduzioni, scaduto il quale, con atto dirigenziale n. 1671 del 27 settembre 2004, annullava la gara di appalto di cui trattasi.

La **** proponeva allora motivi aggiunti contro tali atti, reiterando sostanzialmente le censure già svolte nell'atto introduttivo del gravame.

Il giudice adito, con la sentenza in epigrafe, dichiarata l'improcedibilità della domanda originaria ed assorbita l'eccezione in rito prospettata dall'amministrazione relativamente ai motivi aggiunti, ha dichiarato infondati questi ultimi sul rilievo che, sorreggendosi l'atto di annullamento impugnato su due motivi autonomi (mancata trasmissione entro il termine prefissato, del certificato in originale attestante la regolarità contributiva previdenziale ed assistenziale in favore dei lavoratori dipendenti rilasciata dall'INAIL, dall'INPS e dalla Cassa Edile di entrambe le società, e illegittimità della clausola del bando che consentiva il subappalto per le opere della categoria OG11) ed essendo in parte infondate e in parte inammissibili le doglianze rivolte contro il primo di essi, risultava superfluo l'esame delle censure mosse contro la seconda delle ragioni esposte, in applicazione del consolidato principio, secondo il quale, ai fini della validità di un atto amministrativo è sufficiente la legittimità di uno fra più motivi autonomi posti a base di esso.

Avverso detta decisione ha proposto appello l'A.T.I. interessata, contestando l'assunto del primo giudice circa la sussistenza di due ordini di motivi autonomi idonei a sorreggere l'atto di annullamento impugnato, essendo quest'ultimo giustificato unicamente in relazione alla ritenuta illegittimità della mancata previsione del divieto di subappalto.

In subordine, ha dedotto l'erroneità delle statuizioni con le quali il T.A.R. ha, da un lato, ritenuto inammissibili, dall'altro respinto le censure svolte contro la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per procedere all'annullamento della gara.

Ha, quindi, richiesto il risarcimento dei danni per equivalente, per l'ipotesi in cui non fosse possibile, a seguito dell'accoglimento del gravame, eseguire l'appalto.

Si è costituita l'Università di Sassari, chiedendo il rigetto dell'appello, in quanto infondato.

Con memoria l'appellante ha ribadito e sviluppato le proprie ragioni di doglianza.

Alla pubblica udienza del 29 novembre 2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La società ****, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I costituita con la ****, aggiudicataria provvisoria della gara per l'appalto dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento degli Istituti di Igiene e Medicina Preventiva e di Patologia Generale Medica, indetta dall'Università degli studi di Sassari con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 22 novembre 2004, impugna la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale della Sardegna ha respinto il suo ricorso contro l'atto con il quale l'Amministrazione ha deliberato di annullare la gara in questione.

1.1. Il primo giudice ha sorretto la propria decisione negativa sul rilievo che l'atto di autotutela impugnato si fondava su due ordini di motivazioni:

- mancato tempestivo invio, da parte dell'aggiudicataria provvisoria, della documentazione originale attestante la regolarità contributiva, previdenziale ed assistenziale in favore dei lavoratori dipendenti;

- illegittimità del bando di gara per non aver previsto il divieto di subappalto delle opere scorporabili rientranti nella categoria generale OG11, così come stabilito dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Orbene, poiché, ad avviso del giudicante, erano da disattendersi le censure mosse alla prima di tali motivazioni, risultando comprovata l'omissione dell'invio, nel termine assegnato, della documentazione suindicata e non essendo necessaria alcuna motivazione in ordine all'interesse pubblico (non sussistendo una posizione consolidata nell'aggiudicataria provvisoria), l'atto impugnato, quale che fosse la fondatezza delle censure mosse al secondo ordine di motivazioni, appariva, comunque, validamente sorretto ed insuscettibile, quindi, di rimozione in sede giurisdizionale.

2. Il primo motivo di appello, con il quale l'istante deduce l'erroneità dell'assunto da cui ha preso le mosse il T.A.R., merita di essere condiviso.

Ed invero la corretta lettura dell'atto di annullamento della gara, alla luce del suo tenore letterale e della sequenza procedimentale che lo ha preceduto, fa emergere, con tutta evidenza, che l'unico vizio di legittimità che ha determinato l'esercizio del potere di autotutela, nella fattispecie, è stata la ritenuta non conformità a legge del bando, nella parte in cui consentiva il subappalto delle opere scorporabili rientranti nella categoria OG11, mentre il richiamo, nelle premesse, alla non ancora avvenuta ricezione di taluni documenti da parte dell'aggiudicataria non introduce un ulteriore (e autonomo) vizio di legittimità, giustificativo del provvedimento, ma si risolve nel sottolineare la non necessità di una specifica motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento della gara, per la (ritenuta) assenza di una posizione consolidata nel destinatario del provvedimento stesso.

2.1. Conforta una siffatta conclusione, innanzi tutto, la considerazione di fondo che oggetto dell'annullamento (e, prima ancora, della revoca adottata in data 3 maggio 2004 e successivamente

ritirata per non essere stata preceduta dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento) è, in apice, la gara di appalto nella sua interezza e non l'atto di aggiudicazione, intervenuto all'esito di questa, il quale risulta solo derivatamente caducato dal travolgimento della procedura.

Del resto, l'omesso invio, nel termine assegnato, di documenti rilevanti, ove effettivamente, come afferma il T.A.R., costituente motivo concorrente della determinazione finale, avrebbe dovuto, coerentemente, condurre ad un (parallelo ed autonomo) provvedimento di esclusione dell'associazione di imprese, ai sensi e per gli effetti (anche sanzionatori) di cui all'art. 10, comma 1-quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109, non essendo, evidentemente, idoneo a giustificare l'annullamento della gara di appalto.

2.2. Ma v'è di più.

Che il richiamo, nella parte motiva, alla mancata ricezione della documentazione originale concernente la regolarità contributiva non possa essere considerata motivazione atta a sorreggere una sia pure sottaciuta esclusione della ricorrente è dimostrato anche dalla circostanza che né le norme del bando né la lettera di richiesta della documentazione in parola fissavano termini perentori per la sua esibizione, da osservarsi a pena di decadenza.

E, del resto, la stessa Università ha mostrato di non avere mai ritenuto tassativo tale termine, giacché, malgrado lo avesse fissato in venti giorni dalla data della richiesta (avvenuta a mezzo fax il 18 febbraio 2004), ha accettato (e, quindi, ritenuto tempestiva) la documentazione (fideiussione, atto costitutivo dell'A.T.I.; certificati originali della C.C.I.A.A.; certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti), prodotta il 18 marzo 2004 (oltre, quindi, il termine assegnato), senza, per di più, sollevare alcuna obiezione sulla riserva, formulata nella nota di trasmissione di detta documentazione, di successivo invio dei certificati originali attestanti la regolarità contributiva.

2.3. Del resto, tutta la sequenza procedimentale conclusasi con l'atto impugnato appare incentrata sull'invalidità del bando per l'omissione del divieto di subappalto delle opere scorporabili rientranti nella categoria OG11.

Basti osservare in proposito:

- che il procedimento de quo è stato originato da una comunicazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui era stata segnalata la possibile violazione, da parte del bando di gara in questione, dell'art. 13, comma 7, della legge n. 109/1994;

- che esclusivamente su tale aspetto si è sviluppato il contraddittorio tra l'Università (che difendeva la legittimità del bando) e l'Autorità;

- che la stessa Università ha, infine, comunicato all'Autorità (v. nota del 3 maggio 2004) di volere "uniformarsi alla...linea di indirizzo enunciata con la Determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001" e di aver "deliberato di procedere all'annullamento della gara d'appalto...e di ribandire la stessa attenendosi alle indicazioni fornite";

-
che (e questo rilievo appare decisivo) la lettera di comunicazione di avvio del (nuovo) procedimento di annullamento, inviata il 9 agosto 2004 all'odierna appellante, allo scopo di acquisire le osservazioni di questa, in ottemperanza all'art. 7 della legge n. 241/1990, ha fondato tale procedimento esclusivamente sulla necessità di adeguarsi all'interpretazione dell'Autorità circa la valenza dell'art. 13, comma 7, della legge n. 109/94, senza alcun accenno a ulteriori vizi propri della fase di aggiudicazione.

2.4. Posto, dunque, che il provvedimento impugnato, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., risulta obiettivamente sorretto solo dalla ritenuta illegittimità del bando, appare di conseguenza viziato dal denunciato errore sui presupposti (e va pertanto annullato) tutto il capo della sentenza di primo grado, che fa discendere la perdurante validità del provvedimento stesso dalla effettiva sussistenza di un ritardo nella produzione dei certificati INPS, INAIL e Cassa Edile, da parte delle due imprese associate.

3. Ugualmente fondata si rivela, d'altra parte, la censura con la quale l'appellante denuncia la mancata considerazione, da parte della stazione appaltante, dell'interesse pubblico all'annullamento della gara, in relazione alla circostanza che questa si era già conclusa con l'aggiudicazione ad un concorrente che aveva comprovato di possedere i requisiti di iscrizione sia alla categoria prevalente OG1 sia alla categoria scorporabile OG11 e che non aveva fatto, oltre tutto, riserva di subappalto di lavori rientranti in quest'ultima categoria.

3.1. Il T.A.R. ha disatteso tale doglianza, limitandosi a richiamare l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, poiché dall'aggiudicazione provvisoria non conseguono, per i soggetti interessati, posizioni giuridiche consolidate, l'amministrazione può provvedere al suo annullamento senza obbligo di particolare motivazione (cfr. Cons. *****. 19 luglio 2004 n. 5183; VI Sez. 18 marzo 2003 n. 1417).

3.2. Ritiene il Collegio che l'assolutezza di tale affermazione vada rimeditata e temperata.

Ed in effetti, l'esercizio del potere di autotutela, in materia di gare di appalto ad evidenza pubblica, che hanno come fine la scelta del miglior contraente, secondo criteri di concorrenza tra i partecipanti e di parallela trasparenza dell'azione amministrativa, non può essere disgiunto dal perseguimento di esigenze di economicità e funzionalità, tali da imporre una attenta comparazione fra il ripristino della legalità, in ipotesi, violata e gli interessi concreti sia pubblico sia privato che da tale ripristino risultino

eventualmente sacrificati.

Siffatte esigenze di economicità e funzionalità non possono considerarsi superabili solo in ragione della provvisorietà dell'aggiudicazione, perché, se è vero che tale provvisorietà preclude, in via di principio, il consolidarsi di posizioni di interesse privato, non per questo l'Amministrazione aggiudicatrice può ritenersi assolta dall'obbligo di valutare adeguatamente se sussista, in relazione allo specifico vizio riscontrato, un interesse alla conservazione degli atti compiuti prevalente su quello all'annullamento degli stessi atti, ove, beninteso, non risultino pregiudicati i fondamentali principi del rispetto delle regole di gara e della correlata par condicio che tale rispetto garantisce.

3.3. La necessaria considerazione dell'interesse pubblico, ai fini del corretto esercizio del potere di autotutela, ha, del resto, ricevuto consacrazione legislativa nell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, il quale, ancorché introdotto con la legge 11 febbraio 2005 n. 15 (posteriormente, quindi, all'adozione del provvedimento impugnato), costituisce espressione di un principio generale da considerarsi già immanente nell'ordinamento di settore.

Detta norma, infatti, con lo stabilire che "il provvedimento amministrativo illegittimo...può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato", da un lato, pone quale, presupposto indefettibile per l'esercizio del relativo potere, la previa ponderazione di tutti gli interessi coinvolti; dall'altro, prescinde, in certa misura, dal consolidamento o no di quelli privati, i quali devono essere, comunque, considerati nell'apprezzamento globale.

3.4. Del resto che l'aggiudicazione provvisoria non determini, come affermato dalla giurisprudenza prevalente, situazioni soggettive nell'aggiudicatario meritevoli di valutazione, in sede di annullamento di una gara, non solo non è sempre vero, ma non lo è certamente nel caso concreto, nel quale, a seguito di tale aggiudicazione, l'appellante, su richiesta dell'Amministrazione, ha prestato anche la "fideiussione a cauzione definitiva", ex art. 30, comma 2, della legge n. 109/1994.

Orbene, poiché la funzione della garanzia fideiussoria è quella di andare a copertura di tutti gli eventuali oneri che dovessero derivare dalla mancata o inesatta esecuzione dei lavori, è evidente che, nell'impresa aggiudicataria, che aveva sopportato il costo del rilascio della relativa polizza, una siffatta richiesta aveva indotto un legittimo affidamento circa l'esecuzione dei lavori.

E, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione gli abbia suscitato aspettative fondate (cfr. in tal senso, ex plurimis, sentenza della Corte di Giustizia 17 dicembre 1998, causa Embassy Limousines & Services / Parlamento europeo).

3.5. Orbene, nel caso che interessa, una siffatta valutazione, come lamenta l'appellante, è del tutto

mancata, avendo l'Università deciso di annullare la gara e di bandirne un'altra solo perché è stata resa avvertita di non avere inserito nel bando, in aderenza all'indirizzo dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, l'espresso divieto di subappalto delle opere scorporabili rientranti nella categoria OG11 (comprendente, nella specie, le categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30), in relazione alla circostanza che la categoria OS30 raggiungeva l'importo percentuale, rispetto al totale di appalto, del 15,17%.

Va, invece, ribadito, alla luce delle considerazioni sopra svolte, che l'Amministrazione, anche in presenza della sola aggiudicazione provvisoria, avrebbe dovuto espressamente valutare se e in quale misura le specifiche carenze del bando avessero pregiudicato, in concreto, lo svolgimento e l'esito della gara, tenuto conto, oltre tutto, che l'aggiudicataria si era presentata in associazione verticale di imprese, qualificata per l'esecuzione delle opere rientranti sia nella categoria OG1 sia in quella OG11, e che non aveva fatto riserva di subappalto per l'esecuzione di opere rientranti nella categoria specializzata OS30 (impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici, e televisivi), l'unica eccedente, secondo quanto afferma la stessa Amministrazione, il 15% dell'importo totale dei lavori e, pertanto, ricadente, in ipotesi, sotto la previsione dell'art. 13, comma 7, della legge n. 109/1994.

4. Alla luce di tali considerazioni, l'appello, restando assorbito ogni ulteriore profilo di doglianza, deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento di autotutela impugnato.

5. Le conclusioni di cui sopra rendono evidentemente inaccoglibile, in questa sede, la richiesta di risarcimento danni, riproposta in appello dall'istante in dichiarata relazione al mancato soddisfacimento

del suo diritto di rendersi esecutrice dell'appalto in questione, essendo ancora da accertare la sussistenza di tale diritto, che potrà conseguire (ed eventualmente anche essere soddisfatto in forma specifica) solo a seguito delle valutazioni commesse all'amministrazione dalla presente pronuncia.

6. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere equamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, come specificato in motivazione, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 29 novembre 2005, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI) in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere