

L'annullamento (dell'aggiudicazione provvisoria) trova congruo sostegno nella verificata assenza, in capo alla ricorrente, di un requisito di qualificazione richiesto dalla lettera di invito, pertinente all'esperienza maturata in uno specifico settore di

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'annullamento (dell'aggiudicazione provvisoria) trova congruo sostegno nella verificata assenza, in capo alla ricorrente, di un requisito di qualificazione richiesto dalla lettera di invito, pertinente all'esperienza maturata in uno specifico settore di attività

né è condivisibile la censura, con cui parte ricorrente si duole della mancanza dell'avviso di avvio del procedimento di autotutela di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990

non può connotarsi di contraddittorietà il comportamento dell'amministrazione teso a ricondurre l'agire dei pubblici poteri nell'alveo della legittimità

si ravvisa la superfluità dell'adempimento di tale formalità (dell'avviso di avvio del procedimento di autotutela ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990) prima dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, dal momento che quest'ultima si configura come atto endoprocedimentale, che si inserisce nell'iter di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che l'individuazione finale dell'affidatario dell'appalto si cristallizza soltanto nell'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'ambito dell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una mera

aspettativa alla conclusione del procedimento, la stazione appaltante non è affatto onerata di comunicare l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela (giurisprudenza consolidata: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2010 n. 3966, 21 novembre 2007 n. 5925 e 22 ottobre 2007 n. 5532; TAR Sicilia Catania, Sez. III, 13 novembre 2009 n. 1871 e 14 luglio 2009 n. 1308; TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 13 maggio 2009 n. 42);

fino all'aggiudicazione definitiva di una gara non è configurabile alcuna posizione consolidata in capo all'impresa concorrente che possa postulare il riferimento, in occasione dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio dell'interesse privato; pertanto, deve riconoscersi all'amministrazione il potere di provvedere in merito senza essere tenuta ad esternare una particolare motivazione, giustificandosi il disposto annullamento "ex se" in base alla sola riscontrata e dichiarata esistenza di vizi di legittimità, come puntualmente avvenuto nella presente fattispecie (cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 23 aprile 2010 n. 2085; TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 3 febbraio 2010 n. 555; TAR Lazio Roma, Sez. II, 9 novembre 2009 n. 10991; TAR Campania Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1794; TAR Abruzzo Pescara, 27 giugno 2005 n. 410; TAR Liguria, Sez. II, 2 luglio 2004 n. 1068);

né, come sostenuto in gravame, può essere tacciato di contraddittorietà il comportamento della stazione appaltante, la quale, in occasione dei precedenti affidamenti alla ricorrente dello stesso servizio di pulizia sin dal 2007, non aveva ritenuto necessaria l'attivazione dell'oggetto sociale quanto all'attività di raccolta di carta, cartone e vetro;

- basta rilevare che nelle precedenti occasioni si trattava di affidamento diretto del servizio in questione, mentre il caso di specie concerne la diversa ipotesi di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta del miglior contraente, di per sé caratterizzata da più stringenti regole in tema di qualificazione dei partecipanti, in virtù delle ineludibili esigenze di tutela della concorrenzialità e della parità di condizioni

atteso che in linea di principio non può connotarsi di contraddittorietà il comportamento dell'amministrazione teso a ricondurre l'agire dei pubblici poteri nell'alveo della legittimità, non potendo

l'ossequio formale al principio di non contraddizione comportare compromessi al ribasso sul rispetto dei valori fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento, è dirimente osservare che nella presente fattispecie la stazione appaltante ha congruamente motivato il suo ripensamento sulla scorta della condivisione di quanto contenuto in un esposto legale recapitato nel frattempo e della "più attenta lettura del certificato di iscrizione alla CCIAA della Coop Il Ricorrente" (cfr. parte motiva della determinazione n. 50/2009)

resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza ed analoga sorte subisce la connessa domanda risarcitoria, non essendosi profilata l'ingiustizia dei danni asseritamente patiti;

- in conclusione, l'odierno ricorso deve essere in toto respinto, mentre sussistono giusti motivi, in ragione della particolarità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 22122 del 2 novembre 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

N. 22122/2010 REG.SEN.

N. 03256/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3256 del 2009, proposto da:

“IL RICORRENTE” COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, rappresentata e difesa dall’Avv. *****, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Bologna n. 80 presso lo studio dell’Avv. *****,

contro

COMUNE DI SPERONE, rappresentato e difeso dall'Avv. *****, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via dei Mille n. 13 presso lo studio dell'Avv. *****,

nei confronti di

COOPERATIVA "IL CONTROINTERESSATA", non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della determinazione del Comune di Sperone n. 50 del 30 marzo 2009, con la quale è stato annullato il verbale di gara del 20 marzo 2009, relativo all'aggiudicazione provvisoria alla cooperativa ricorrente del servizio di pulizia e manutenzione ordinaria della viabilità e degli spazi pubblici comunali per il periodo 01.04.2009/31.12.2009;

b) della nota del Comune di Sperone prot. n. 1870/U del 31 marzo 2009, con la quale è stato comunicato l'annullamento della gara di cui sopra;

c) del provvedimento del Comune di Sperone del 27 aprile 2009, recante l'aggiudicazione del medesimo servizio, a seguito di nuovo esperimento di gara, alla cooperativa "Il Controinteressata", nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali, comunque connessi e collegati;

d) di ogni altro atto presupposto, conseguente, comunque connesso e/o collegato;

e per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni conseguenti nella misura del mancato introito del corrispettivo per sette mesi, oltre al danno emergente determinato anche in ragione della lesione all'immagine subita dalla cooperativa ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Letto l'art. 120, comma 10, del c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

- la cooperativa ricorrente impugna gli atti indicati in epigrafe, con i quali è stata annullata d'ufficio l'aggiudicazione provvisoria, intervenuta in suo favore, del servizio di pulizia e manutenzione ordinaria

della viabilità e degli spazi pubblici comunali per il periodo 01.04.2009/31.12.2009, ed, a seguito di nuovo esperimento di gara, si è provveduto ad aggiudicare il medesimo servizio alla società cooperativa "Il Controinteressata";

- non occorre affrontare lo scrutinio delle eccezioni di rito formulate dalla difesa comunale, giacché il ricorso si palesa infondato nel merito;

- dalla disamina del gravato provvedimento di autotutela emerge che la cooperativa ricorrente non possedeva, ad una più approfondita lettura del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio esibito in sede di gara, il requisito dell'attivazione dell'oggetto sociale in relazione ad uno dei servizi rientranti nel controinteressata affidamento, ossia la raccolta porta a porta di carta, cartone e vetro;

- orbene, con una prima censura, la ricorrente stigmatizza che la nota comunale prot. n. 1870/U del 31 marzo 2009, recante la comunicazione dell'intervenuto annullamento, è priva di motivazione;

- la doglianza è da disattendere non solo perché tale atto, privo di valore provvedimentoale, ha funzione meramente partecipativa e non abbisogna di diffuse esternazioni verbali, ma anche perché la sua giustificazione si coglie agevolmente con il rinvio per relationem alla determinazione in autotutela n. 50 del 30 marzo 2009;

- né è condivisibile l'altra censura, con cui parte ricorrente si duole della mancanza dell'avviso di avvio del procedimento di autotutela ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990;

- infatti, si ravvisa la superfluità dell'adempimento di tale formalità prima dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, dal momento che quest'ultima si configura come atto endoprocedimentale, che si inserisce nell'iter di scelta del contraente come momento necessario ma non

decisivo, atteso che l'individuazione finale dell'affidatario dell'appalto si cristallizza soltanto nell'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'ambito dell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, la stazione appaltante non è affatto onerata di comunicare l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela (giurisprudenza consolidata: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2010 n. 3966, 21 novembre 2007 n. 5925 e 22 ottobre 2007 n. 5532; TAR Sicilia Catania, Sez. III, 13 novembre 2009 n. 1871 e 14 luglio 2009 n. 1308; TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 13 maggio 2009 n. 42);

- parimenti, non ha pregio la doglianza attorea, con la quale si intende denunciare il travisamento dei fatti e l'incompletezza dell'istruttoria in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante, laddove non ha tenuto conto che la raccolta porta a porta di carta, cartone e vetro era inclusa, sin dal 2 marzo 2009, tra i segmenti di oggetto sociale attivati e che, comunque, la stessa rientrava nell'ambito dell'oggetto sociale, come suffragato in entrambi i casi dalla visura storica camerale acclusa alla produzione di parte;

- è agevole osservare, in base alle emergenze processuali, che il certificato camerale del 18 marzo 2009 presentato dalla ricorrente in sede di gara, che doveva essere allegato all'offerta a pena di esclusione, non reca affatto tra le attività esercitate quella della raccolta porta a porta di carta, cartone e vetro; ne discende che il riferimento all'invocata visura storica non è calzante e non riesce a dimostrare la commissione di alcun errore istruttorio da parte della stazione appaltante, semplicemente perché quest'ultima era tenuta a verificare l'ammissibilità dell'offerta solo sulla base della documentazione prodotta per l'espletamento della gara, essendo ovviamente irrilevanti le acquisizioni documentali, come quella di specie, non confluite nell'iter della procedura selettiva;

- inoltre, è opportuno aggiungere, sulla scorta della piana lettura della visura storica in parola, che l'attivazione dell'oggetto sociale quanto all'attività di prelievo di carta, cartone e vetro, è avvenuta a seguito di denuncia del 26 marzo 2009 (seppur con effetto retroattivo al precedente 2 marzo), con la conseguenza che la cooperativa ricorrente giammai si sarebbe potuta avvalere di tale requisito, avendo la lettera di invito fissato al 20 marzo 2009 il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, corredata dell'indispensabile certificazione della Camera di Commercio;

- né può ritenersi sufficiente la mera inclusione (non contestata nella fattispecie) della predetta tipologia di raccolta dei rifiuti nell'ambito dell'oggetto sociale, atteso che la corrispondente prescrizione della lettera di invito, nel richiedere il "certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. della provincia di appartenenza, laddove si indica la categoria dei lavori a farsi", intende univocamente riferirsi all'esigenza di accertare, per il tramite della certificazione camerale che dia conto dell'attivazione dell'oggetto sociale, il concreto ed effettivo svolgimento da parte della ditta concorrente di una determinata attività, direttamente riconducibile al complessivo servizio da affidare;

- conforta tale assunto il recente orientamento del massimo giudice amministrativo, a cui il Collegio si riporta facendone propri tutti i passaggi argomentativi: "Ed invero l'oggetto sociale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare, in alcun modo, il prescritto esercizio in concreto di detta attività. Oggetto sociale e attività effettivamente esercitata, quest'ultima da comprovare mediante la prescritta dichiarazione verificabile in base alla certificazione camerale, infatti, non possono essere considerati come concetti coincidenti, atteso che un'attività può ben essere prevista nell'oggetto sociale - risultante dall'iscrizione sotto la voce "dati identificativi dell'impresa" - senza essere attivata poi in concreto (...). La prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività da appaltare, non può perciò che essere finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato: in caso contrario la prescrizione avrebbe ad oggetto la mera iscrizione alla CCIAA, ovvero richiederebbe un'attestazione della camera di commercio riferita solo all'inclusione del servizio da appaltare nell'oggetto sociale, ma ciò la clausola dovrebbe fare in modo esplicito, tale cioè da escludere il significato normale altrimenti attribuibile alla chiara lettera della stessa, predisposta come di prassi. È ovvio, quindi, che - salvo voler privare la clausola della lettera d'invito di significato - nessun rilievo possa attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere quella determinata attività, ma nulla dice sull'effettivo svolgimento della stessa (...)." (così Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2380; nello stesso senso TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 13 febbraio 2008 n. 12; TAR Lazio Roma, Sez. I, 24 novembre 2004 n. 13877; TAR Sardegna 25 luglio 2003 n. 913);

- né, come sostenuto in gravame, può essere tacciato di contraddittorietà il comportamento della stazione appaltante, la quale, in occasione dei precedenti affidamenti alla ricorrente dello stesso servizio di pulizia

sin dal 2007, non aveva ritenuto necessaria l'attivazione dell'oggetto sociale quanto all'attività di raccolta di carta, cartone e vetro;

- basta rilevare che nelle precedenti occasioni si trattava di affidamento diretto del servizio in questione, mentre il caso di specie concerne la diversa ipotesi di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta del miglior contraente, di per sé caratterizzata da più stringenti regole in tema di qualificazione dei partecipanti, in virtù delle ineludibili esigenze di tutela della concorrenzialità e della parità di condizioni;

- analogamente, è da rigettare la censura di contraddittorietà ulteriormente mossa dalla ricorrente nei riguardi della decisione dell'amministrazione di annullare la gara, a fronte del giudizio, espresso nel verbale di aggiudicazione provvisoria del 20 marzo 2009, di marginalità dell'attività di raccolta del vetro e del cartone rispetto all'intero servizio da svolgere, con conseguente valutazione di conformità della certificazione camerale prodotta;

- infatti, atteso che in linea di principio non può connotarsi di contraddittorietà il comportamento dell'amministrazione teso a ricondurre l'agire dei pubblici poteri nell'alveo della legittimità, non potendo l'ossequio formale al principio di non contraddizione comportare compromessi al ribasso sul rispetto dei valori fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento, è dirimente osservare che nella presente fattispecie la stazione appaltante ha congruamente motivato il suo ripensamento sulla scorta della condivisione di quanto contenuto in un esposto legale recapitato nel frattempo e della "più attenta lettura del certificato di iscrizione alla CCIAA della Coop Il Ricorrente" (cfr. parte motiva della determinazione n. 50/2009);

- infine, devono essere disattese anche le rimanenti due censure, con le quali parte ricorrente, deducendo la violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, rimarca l'illegittimità dell'annullamento in autotutela in virtù, da un lato, della sproporzione della misura adottata a fronte del carattere accessorio della raccolta porta a porta di carta, cartone e vetro, e, dall'altro lato, della omessa ponderazione dei contrapposti interessi privati;

- quanto al primo profilo, giova replicare che l'annullamento trova congruo sostegno nella verificata assenza, in capo alla ricorrente, di un requisito di qualificazione richiesto dalla lettera di invito, pertinente all'esperienza maturata in uno specifico settore di attività;

- quanto al secondo aspetto, si evidenzia che fino all'aggiudicazione definitiva di una gara non è configurabile alcuna posizione consolidata in capo all'impresa concorrente che possa postulare il riferimento, in occasione dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio dell'interesse privato; pertanto, deve riconoscersi all'amministrazione il potere di provvedere in merito senza essere tenuta ad esternare una particolare motivazione, giustificandosi il disposto annullamento "ex se" in base alla sola riscontrata e dichiarata esistenza di vizi di legittimità, come puntualmente avvenuto nella presente fattispecie (cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 23 aprile 2010 n. 2085; TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 3 febbraio 2010 n. 555; TAR Lazio Roma, Sez. II, 9 novembre 2009 n. 10991; TAR Campania Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1794; TAR Abruzzo Pescara, 27 giugno 2005 n. 410; TAR Liguria, Sez. II, 2 luglio 2004 n. 1068);

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza ed analoga sorte subisce la connessa domanda risarcitoria, non essendosi profilata l'ingiustizia dei danni asseritamente patiti;

- in conclusione, l'odierno ricorso deve essere in toto respinto, mentre sussistono giusti motivi, in ragione della particolarità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO

<https://www.diritto.it/l-annullamento-dell-aggiudicazione-provvisoria-trova-congruo-sostegno-nella-verifica-ta-assenza-in-capo-alla-ricorrente-di-un-requisito-di-qualificazione-richiesto-dalla-lettera-di-invito-pertine/>