

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29051-tutti-gli-atti-di-gara-a-partire-dal-bando-per-finire-all-aggiudicazione-definitiva-possono-formare-oggetto-di-ritiro-in-via-di-autotutela>

Autore: Lazzini Sonia

Tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela

C.St. 12.02.2010 n. 743

Tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela

Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, co. 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 – c.d. codice dei contratti pubblici, inapplicabile *ratione temporis* – che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione: la disposizione chiarisce quale sia, per la stazione appaltante, la portata del vincolo derivante dall'intervenuta aggiudicazione.

L'amministrazione ha doverosamente fatto uso dei poteri di autotutela dopo aver riscontrato molteplici punti di contrasto fra l'offerta avanzata dall'A.t.i. e le vincolanti prescrizioni costitutive del quadro di riferimento tecnico - normativo

L'amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione dell'aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005. La norma sancita dall' art. 11 cit. non è tuttavia esaustiva dell'autotutela in materia di appalti pubblici che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla l. n. 15 del 2005.

Già prima della l. n. 15 del 2005 e del codice dei contratti pubblici, si è riconosciuto che nei procedimenti di gara, al di là degli atti tipici finalizzati allo scopo di verificare la legittimità dell'iter di formazione del contratto (quali l'approvazione e l'eventuale controllo), dovesse ritenersi vigente il generale principio dell'autotutela decisoria; pertanto, in aggiunta agli strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione, deve ritenersi consentito l'esercizio del generale potere di riesame in un momento successivo alla conclusione del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710; sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

Dunque l'estrinsecazione del potere di autotutela della p.a. non incontra alcun limite insuperabile nella convenzione intervenuta con il privato: i diritti e i doveri delle parti derivanti dall'accordo non sottraggono l'atto amministrativo presupposto al potere di autotutela pubblicistica (cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103).

L'immanenza del potere di autotutela decisoria trova fondamento:

- a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 156);
- b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso (cfr. Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5448).

Le caratteristiche fin qui illustrate del potere di autotutela decisoria in materia di gare di appalto non eliminano, sul piano delle garanzie in concreto esigibili, le peculiarità insite nella diverse fasi procedurali cui afferisce.

Nel caso in cui l'amministrazione intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale, necessario ma non decisivo), essa non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento; viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando

osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (cfr. Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5107; sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456).

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento; nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, infatti, il venir meno dell'aggiudicazione, per decisione giurisdizionale o in via di autotutela, restituisce all'amministrazione la piena potestà di diritto pubblico di determinarsi nel modo che ravvisa più opportuno per la cura del pubblico interesse e, pertanto, anche di non avvalersi degli atti legittimi della procedura espletata e di revocare gli atti che vi hanno dato luogo; come in ogni altra ipotesi di autotutela, è sufficiente, allora, ai fini della sua legittimità, che il provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che lo hanno determinato. Sotto tale angolazione si è affermato che:

a) nel caso in cui un concorrente ad una gara d'appalto da svolgersi con il sistema del pubblico incanto sia stato escluso dalla gara per un errore compiuto dalla commissione, l'amministrazione può riaprire la gara annullando la sola aggiudicazione, anche se già approvata, lasciando fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disponendo la rinnovazione della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661);

b) specularmente, è da considerarsi legittimo il provvedimento con cui l'amministrazione, avendo espletato una gara d'appalto il cui vincitore è risultato illegittimamente ammesso, disponga la rinnovazione integrale della gara (cfr. Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1367).

la massima pubblicità delle operazioni di verifica delle offerte attenua ma non elimina il rischio di errori e di illegittimità e la conseguente necessità di porvi rimedio dopo la conclusione del procedimento e l'approvazione degli atti di gara; in tali eventualità, l'accertamento di vizi della procedura riguardanti le operazioni e gli accertamenti di fatti storici, compiuti dalla commissione può essere realizzato dalla stessa amministrazione in autotutela; il procedimento di riesame deve tuttavia svolgersi con garanzie eguali o equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di valutazione, non essendo bastevoli le sole garanzie procedurali di cui alla l. n. 241 del 1990 (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

In tutte le gare d'appalto, anche se svolte in via ufficiosa, se è vero che il fine è la scelta del miglior contraente, secondo i criteri di concorrenza tra i partecipanti e di parallela trasparenza dell'azione amministrativa è anche vero, però, che l'amministrazione è tenuta ad applicare le regole da essa stessa eventualmente fissate nel bando o nella lettera di invito, atteso che queste costituiscono la *lex specialis* della gara e non possono essere disapplicate nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità, in tal caso, di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando. L'esercizio del potere di autotutela, conseguentemente, non può essere disgiunto dal perseguimento di esigenze di economicità e di funzionalità, tali da imporre un'attenta comparazione fra il ripristino della legalità e gli interessi sia pubblico sia privato che da tale ripristino risultino eventualmente sacrificati.

Siffatte esigenze di economicità e di 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 (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1599; sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 846).

La reiezione della domanda di annullamento del provvedimento impugnato rende improponibile la conseguenziale domanda di risarcimento del danno, non risultando, in ogni caso, provata la colpa dell'amministrazione e la sua illegittima condotta.

Merita di essere segnalata la decisione numero 743 del 12 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

<7.2.1. Le doglianze poste a base del primo motivo, sviluppate nel presupposto che l'atto impugnato sia una revoca, sono tutte inconferenti (per le ragioni esposte al precedente punto 7.1.1.): è evidente l'erroneità della tesi dell'A.t.i. incentrata sulla mancanza delle gravi ragioni di opportunità che consentirebbero di ritirare l'intervenuta approvazione dell'aggiudicazione; nel caso di specie la p.a. ha fatto uso del diverso potere di annullamento d'ufficio dopo aver riscontrato un vizio di legittimità e la necessità di preservare i vari interessi pubblici e privati coinvolti (in primis quello patrimoniale dell'ente di evitare di erogare un eventuale contributo per la realizzazione di un'opera che non collima con gli obiettivi di fondo perseguiti, nonché quello di risparmiare all'utenza un sicuro aggravio dei costi dei servizi e delle concessioni cimiteriali).

7.2.2. Parimenti infondate sono le censure articolate con il secondo motivo del ricorso introduttivo. Come emerso dalla precedente ricostruzione operata in fatto (al punto n. 1) ed in diritto (al punto n. 7.1.3.), l'amministrazione ha doverosamente fatto uso dei poteri di autotutela dopo aver riscontrato molteplici punti di contrasto fra l'offerta avanzata dall'A.t.i. e le vincolanti prescrizioni costitutive del quadro di riferimento tecnico - normativo.

In quest'ottica deve escludersi:

- a) che le varianti progettuali offerte dall'A.t.i. integrino il concetto di miglioria;
- b) che il bando abbia previsto una assoluta libertà di proporre varianti anche agli schemi dei contratti di concessione delle aree;
- c) che tali varianti siano state indotte da specifiche istruzioni della stazione appaltante.>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito la decisione numero 743 del 12 febbraio 2010, emessa dal Consiglio di Stato

N. 00743/2010 REG.DEC.

N. 05893/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5893 del 2009, proposto dall'Impresa Ricorrente Rocco, in persona del titolare Antonio Rocco Ricorrente e Ricorrente DUE S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Piero G. Rellava, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale G. Mazzini n.142;

contro

Comune di Fasano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ottavio Carparelli e Pier Luigi Portaluri, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Pecorilla in Roma, via Flaminia n. 56;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo per la Puglia – Lecce – Sezione III, n. 1060 del 15 maggio 2009.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fasano;

Viste le memorie conclusionali depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2009 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Rellava e Portaluri anche su delega dell'avvocato Carparelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Fasano ha approvato il progetto esecutivo per l'ampliamento dei cimiteri ubicati a Fasano centro e in località Pezze di Greco ed ha contestualmente indetto la gara per la concessione di costruzione e gestione, mediante licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 19, 20 e 21, l. n. 109 del 1994, delle opere necessarie (cfr. determinazione

dirigenziale n. 288 del 6 febbraio 2006 ed allegato bando); giova fin da ora precisare che della documentazione approvata fanno parte i seguenti atti: piano di fattibilità, inquadramento ambientale e territoriale, quadro economico, lettera d'invito, bozza di convenzione, schema di gestione, elementi desunti dal piano economico e finanziario, piano economico finanziario.

1.1. Per quanto di interesse ai fini della presente controversia si rileva che il bando:

- a) ha previsto l'erogazione di un contributo da parte dell'amministrazione comunale pari ad un massimo di euro 962.748 (art. 4);
- b) ha previsto che le categorie delle opere da eseguirsi fossero suscettibili di variazioni a seguito di migliorie proposte dai concorrenti (art. 5);
- c) ha inserito fra gli elementi progettuali ed economici posti a base della gara, desunti dal piano economico e finanziario, il livello massimo e la struttura delle tariffe da praticare all'utenza (art. 6);
- d) ha concesso ai concorrenti la facoltà di inserire nell'offerta proposte di varianti, fermi restando alcuni elementi vincolanti fra cui gli schemi dei contratti di concessione ai privati delle aree per la costruzione delle cappelle, delle tombe e dei gentilizi (art. 7);
- e) ha individuato l'oggetto del contratto nella costruzione, esecuzione dei lavori, gestione e manutenzione dei cimiteri con l'obbligo di conformarsi a tutte le prescrizioni normative ed amministrative vigenti ed a quelle sopravvenute in corso di esecuzione del rapporto (art. 8).

1.2. Giova fin da ora evidenziare che:

- a) con delibera giuntale n. 158 del 20 maggio 2004 è stato approvato lo studio di fattibilità per la gestione dei servizi cimiteriali e sono state approvate le relative tariffe indicate come tetto massimo;
- b) il *regolamento comunale per la concessione di loculi ed aree per la costruzione di edicole funerarie nei cimiteri di Fasano centro – Pezze di Greco e Montalbano – Speciale*, vigente

ratione temporis, ha previsto esclusivamente la concessione in uso di aree per la costruzione, a cura e spese dei privati assegnatari, delle tipologie di sepolture ammesse (cappelle, tombe ecc., art. 2) e la concessione dei soli loculi già costruiti dal comune o da realizzarsi (art. 5).

1.3. Nel corso della procedura, rispondendo ad un preciso quesito, il seggio di gara ha affermato che i concorrenti erano liberi di formulare le proprie migliorie al progetto base anche proponendo la costruzione di loculi, ossari, tombe e cappelle (cfr. nota prot. n. 18562 in data 11 giugno 2006).

L'A.t.i. costituita fra l'impresa Ricorrente Rocco Antonio e la Ricorrente DUE s.r.l. (in prosieguo A.t.i. Ricorrente), ha prodotto un'offerta in cui, da un lato, ha escluso del tutto la possibilità per i privati di risultare concessionari di aree da edificare in proprio, dall'altro, ha previsto l'assegnazione in uso di manufatti funebri, realizzati in via esclusiva dal concessionario; conseguentemente ha elaborato, all'interno dell'offerta tecnica, lo schema di un *regolamento concessione manufatti cimiteriali* modificativo di quello comunale vigente, individuando le relative tariffe dei servizi e concessioni cimiteriali da praticare all'utenza (cfr. in particolare artt. 2 e 5).

1.4. Con determinazione n. 35 del 24 gennaio 2007/*Servizio Staff di supporto*, sottoscritta dal dirigente della competente direzione – da valere come minuta non essendo stata ufficialmente inserita nel registro delle determinazioni dirigenziali e quindi priva di numero e data, in base a quanto previsto dalla deliberazione giuntale n. 28 del 5 febbraio 2004 recante la <<*Determinazione dell'iter procedimentale all'adozione delle deliberazioni della giunta comunale e delle determinazioni dirigenziali*>> - sono stati approvati i verbali di gara e l'aggiudicazione in via definitiva all'A.t.i. Ricorrente.

1.4.1. Con nota del sindaco di Fasano in data 30 gennaio 2007 è stato chiesto agli organi amministrativi competenti di sospendere qualsiasi attività inerente l'ampliamento dei cimiteri di Fasano centro e Pezze di Greco.

1.4.2. Con nota del 2 febbraio 2007, la dirigente della direzione Territorio e Ambiente, preso atto delle rilevanti difformità contenute nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria rispetto al quadro ordinamentale vigente nel comune di Fasano - in punto di superamento dei tetti massimi dei costi dei servizi per l'utenza e di realizzazione in via esclusiva dell'edilizia funeraria a cura del concessionario - ha ritenuto di rimettere ogni determinazione in merito all'approvazione dell'aggiudicazione definitiva al consiglio comunale, unico organo competente a variare il regolamento comunale, adempimento indefettibile per rendere realizzabile, dal punto di vista economico, il progetto proposto dall'A.t.i. Ricorrente.

1.4.3. Con deliberazione n. 1 del 22 febbraio 2007 il consiglio comunale ha espresso l'indirizzo:

- a) di non approvare alcuna variazione al vigente regolamento cimiteriale;
- b) conseguentemente di negare l'aggiudicazione definitiva e di annullare l'intera procedura di gara.

1.4.4. Con determinazione dirigenziale n. 1067 del 26 aprile 2007:

- a) è stata rifiutata l'aggiudicazione definitiva;
- b) è stato annullato l'intero procedimento di gara;
- c) è stata annullata, in quanto priva di vigenza ed esecutorietà, la registrazione n. 35 del 24 gennaio 2007 / *Servizio Staff di supporto*.

1.5. Con sentenza irrevocabile n. 2758 del 16 luglio 2007, il T.a.r. per la Puglia, Lecce, sez. II:

- a) ha ritenuto che l'A.t.i. Ricorrente fosse aggiudicataria provvisoria della gara;
- b) ha stabilito che, rispetto alla procedura di annullamento di tutti gli atti di gara, fosse necessario garantire la partecipazione procedimentale dell'aggiudicataria provvisoria;

c) ha annullato, in parte qua, la deliberazione del consiglio comunale n. 1 del 2007 e la successiva determinazione dirigenziale n. 1067 del 2007.

1.6. In esecuzione della su menzionata sentenza del T.a.r. n. 2758 del 2007, l'amministrazione comunale ha inviato all'A.t.i. Ricorrente dettagliata comunicazione di avvio del procedimento di annullamento dell'intero procedimento di gara, specificando i vizi di legittimità riscontrati (cfr. nota prot. n. 32095 del 18 settembre 2007).

1.6.1. Con nota in data 17 settembre 2007 il dirigente dell'avvocatura comunale ha ribadito che dall'atto di indirizzo consiliare n. 1 del 2007 emerge la chiara volontà di procedere all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara.

In data 2 ottobre 2007 il comune ha acquisito le controdeduzioni dell'A.t.i. (cfr. lettera raccomandata in data 1 ottobre 2007).

Riconvocata la commissione di gara per rendere eventuali chiarimenti, quest'ultima ha ritenuto di nulla aggiungere rispetto a quanto risultante dai verbali del procedimento, non rientrando nelle <<...*proprie competenze alcuna ulteriore valutazione che restano di competenza degli organi comunali*>> (cfr. verbale in data 9 gennaio 2008).

1.6.2. Con determinazione dirigenziale prot. n. 7131 del 21 febbraio 2008 – a firma congiunta del dirigente della direzione Territorio e Ambiente e del responsabile del procedimento - sono state ripercorse le tappe dell'intera vicenda procedimentale e, in replica alle controdeduzioni dell'A.t.i. Ricorrente:

- a) è stata ribadita la presenza dei già riscontrati i vizi di legittimità insiti nel contrasto frontale fra l'offerta tecnica dell'aggiudicataria e le vigenti inderogabili prescrizioni comunali in materia di concessioni di aree cimiteriali e tariffe dei relativi servizi;
- b) è stato specificamente apprezzato l'interesse pubblico e privato in relazione all'esorbitanza dei costi posti a carico dell'utenza finale;

c) è stato deliberato il diniego di aggiudicazione provvisoria e definitiva nonché l'annullamento in autotutela degli atti di gara <<...sottoponendo altresì al Consiglio Comunale in carica l'intera questione anche al fine dell'adozione di eventuali ulteriori provvedimenti amministrativi di natura di interesse pubblico, con particolare riferimento all'espletamento di una nuova gara>>.

2. L'A.t.i. Ricorrente ha impugnato davanti al T.a.r. per la Puglia la determinazione n. 7131 del 2008 articolando quattro complessi motivi.

2.1. Con il primo – da pagina 4 a pagina 6 del ricorso introduttivo – sono state sollevate censure relative alla violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990 ed al difetto di motivazione del provvedimento impugnato nel presupposto che si tratti di una revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

2.2. Con il secondo motivo – da pagina 6 a pagina 13 – sono stati lamentati svariati profili di eccesso di potere e violazione di legge nel presupposto che l'atto impugnato, sia da sussumere nel *genus* dell'annullamento d'ufficio; in particolare si deduce:

a) che l'offerta in gara non sarebbe in contrasto con il regolamento comunale sulle concessioni cimiteriali;

b) che il bando consentirebbe la possibilità di introdurre liberamente varianti e migliorie;

c) che il seggio di gara avrebbe confermato, con apposite istruzioni, le migliorie proposte dalla ricorrente;

d) l'assenza di tariffe massime da praticare all'utenza debitamente portate a conoscenza delle concorrenti;

e) la congruità e non esorbitanza delle tariffe proposte.

2.3. Con il terzo motivo – da pagina 13 a pagina 14 – è stata dedotta la violazione dell'art. 107 d.lgs. n. 267 del 2000 ed eccesso di potere per sviamento, sotto il

profilo che l'atto impugnato avrebbe rimesso al consiglio comunale ogni determinazione in materia violando il riparto di competenze fra organi politici e dirigenza.

2.4. Con il quarto motivo, infine - da pagina 14 a pagina 20 - è stato richiesto e quantificato, ove i lavori oggetto della gara non possano essere effettuati dalla legittima aggiudicataria, il risarcimento del danno cagionato dalla condotta illegittima dell'amministrazione.

3. L'impugnata sentenza - Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - Lecce - Sezione III, n. 1060 del 15 maggio 2009 -:

a) ha respinto, con dovizia di argomenti, la domanda di annullamento;

b) ha respinto la domanda di risarcimento del danno non risultando né i vizi di legittimità dedotti né la colpevolezza dell'amministrazione.

c) ha compensato fra le parti le spese di lite.

4. Con ricorso notificato il 30 giugno 2009, e depositato il successivo 9 luglio, l'A.t.i. Ricorrente ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. reiterando criticamente, a mezzo di sei autonomi, ed in parte nuovi, motivi, tutte le censure e le domande articolate in prime cure, senza però contestare espressamente la statuizione dell'impugnata sentenza nella parte in cui ha escluso, ai fini risarcitori, la colpevolezza dell'amministrazione.

5. Si è costituito il comune di Fasano deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'11 dicembre 2009.

DIRITTO

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

7.1. In ordine logico è prioritario individuare:

- a) l'esatta natura del provvedimento impugnato, assodando se è espressione del potere di revoca o di auto annullamento;
- b) il suo carattere definitivo o di mera proposta al consiglio comunale;
- c) il quadro delle norme e dei principi che sovrintendono all'esercizio dei poteri di controllo e di autotutela da parte delle stazioni appaltanti.

7.1.1. Ritiene il collegio che il provvedimento impugnato sia espressione del potere di autotutela decisoria della stazione appaltante, esercitato mediante annullamento per vizi di legittimità; sotto tale angolazione, pertanto, come si vedrà meglio in prosieguo, nel particolare caso di specie è indifferente stabilire se l'amministrazione abbia aggiudicato la gara in via provvisoria o definitiva all'At.i. Ricorrente, ovvero che, successivamente, sia stato emanato un diniego di aggiudicazione o l'annullamento di un'aggiudicazione (definitiva o provvisoria), o dell'intera procedura di gara.

A queste conclusioni si perviene:

- a) sulla base del tenore testuale del complesso delle clausole che compongono la determinazione dirigenziale n. 7131 del 2008;
- b) dalla sostanza delle argomentazioni spese a sostegno dell'esercizio del potere di autotutela, che si compendiano nella necessità di eliminare la palese difformità fra l'esito della procedura di gara e le vincolanti previsioni del regolamento comunale in materia di concessione in uso delle aree cimiteriale e delle prescrizioni tariffarie massime previste per i servizi cimiteriali e le concessioni di aree e manufatti cimiteriali.

7.1.2. Quanto alla natura definitiva della determinazione n. 7131, deve escludersi che la stessa possa qualificarsi come una proposta o un mero adempimento istruttorio servente rispetto alla deliberazione finale riservata al consiglio comunale.

Tanto emerge dai seguenti elementi di fatto:

- a) il provvedimento è sottoscritto dal responsabile del procedimento e dal competente dirigente della direzione Territorio e Ambiente del comune di Fasano;
- b) il provvedimento nega, testualmente, l'aggiudicazione provvisoria e definitiva ed annulla gli atti di gara esprimendo la volontà definitiva della stazione appaltante;
- c) il contenuto del provvedimento oggetto del presente giudizio è pedissequamente riproduttivo del contenuto della precedente determinazione dirigenziale n. 1067 e simmetrico rispetto alla comunicazione di avviso del procedimento prot. n. 32095 inoltrata all'A.t.i. Ricorrente al dichiarato fine di giungere all'annullamento di tutti gli atti di gara ed al diniego dell'aggiudicazione.
- d) il provvedimento, con una formula sostanzialmente di cortesia, informa l'organo politico dell'avvenuto esercizio del potere di autotutela, rimettendo ad esso ogni consequenziale determinazione, attribuita alla sua competenza, circa l'opportunità di modificare il regolamento comunale sulla concessione dei loculi e delle aree cimiteriali e di apprezzare il contesto politico finanziario in vista di una eventuale nuova gara;
- e) il provvedimento è conforme alla deliberazione giuntale n. 28 del 5 febbraio 2004 recante la <<*Determinazione dell'iter procedimentale all'adozione delle deliberazioni della giunta comunale e delle determinazioni dirigenziali*>>.

7.1.3. Tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela.

Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, co. 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 – c.d. codice dei contratti pubblici, inapplicabile *ratione temporis* – che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione: la disposizione chiarisce quale sia, per la stazione appaltante, la portata del vincolo derivante dall'intervenuta aggiudicazione. L'amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione

dell'aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005. La norma sancita dall' art. 11 cit. non è tuttavia esaustiva dell'autotutela in materia di appalti pubblici che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla l. n. 15 del 2005.

Già prima della l. n. 15 del 2005 e del codice dei contratti pubblici, si è riconosciuto che nei procedimenti di gara, al di là degli atti tipici finalizzati allo scopo di verificare la legittimità dell'*iter* di formazione del contratto (quali l'approvazione e l'eventuale controllo), dovesse ritenersi vigente il generale principio dell'autotutela decisoria; pertanto, in aggiunta agli strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione, deve ritenersi consentito l'esercizio del generale potere di riesame in un momento successivo alla conclusione del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710; sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

Dunque l'estrinsecazione del potere di autotutela della p.a. non incontra alcun limite insuperabile nella convenzione intervenuta con il privato: i diritti e i doveri delle parti derivanti dall'accordo non sottraggono l'atto amministrativo presupposto al potere di autotutela pubblicistica (cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103).

L'immanenza del potere di autotutela decisoria trova fondamento:

- a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 156);
- b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole

procedimentali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso (cfr. Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5448).

Le caratteristiche fin qui illustrate del potere di autotutela decisoria in materia di gare di appalto non eliminano, sul piano delle garanzie in concreto esigibili, le peculiarità insite nella diverse fasi procedimentali cui afferisce.

Nel caso in cui l'amministrazione intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale, necessario ma non decisivo), essa non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento; viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (cfr. Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5107; sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456).

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento; nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, infatti, il venir meno dell'aggiudicazione, per decisione giurisdizionale o in via di autotutela, restituisce all'amministrazione la piena potestà di diritto pubblico di determinarsi nel modo che ravvisa più opportuno per la cura del pubblico interesse e, pertanto, anche di non avvalersi degli atti legittimi della procedura espletata e di revocare gli atti che vi hanno dato luogo; come in ogni

altra ipotesi di autotutela, è sufficiente, allora, ai fini della sua legittimità, che il provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che lo hanno determinato. Sotto tale angolazione si è affermato che:

a) nel caso in cui un concorrente ad una gara d'appalto da svolgersi con il sistema del pubblico incanto sia stato escluso dalla gara per un errore compiuto dalla commissione, l'amministrazione può riaprire la gara annullando la sola aggiudicazione, anche se già approvata, lasciando fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disponendo la rinnovazione della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661);

b) specularmente, è da considerarsi legittimo il provvedimento con cui l'amministrazione, avendo espletato una gara d'appalto il cui vincitore è risultato illegittimamente ammesso, disponga la rinnovazione integrale della gara (cfr. Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1367).

Del resto, la massima pubblicità delle operazioni di verifica delle offerte attenua ma non elimina il rischio di errori e di illegittimità e la conseguente necessità di porvi rimedio dopo la conclusione del procedimento e l'approvazione degli atti di gara; in tali eventualità, l'accertamento di vizi della procedura riguardanti le operazioni e gli accertamenti di fatti storici, compiuti dalla commissione può essere realizzato dalla stessa amministrazione in autotutela; il procedimento di riesame deve tuttavia svolgersi con garanzie eguali o equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di valutazione, non essendo bastevoli le sole garanzie procedurali di cui alla l. n. 241 del 1990 (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

In tutte le gare d'appalto, anche se svolte in via ufficiosa, se è vero che il fine è la scelta del miglior contraente, secondo i criteri di concorrenza tra i partecipanti e di

parallela trasparenza dell'azione amministrativa è anche vero, però, che l'amministrazione è tenuta ad applicare le regole da essa stessa eventualmente fissate nel bando o nella lettera di invito, atteso che queste costituiscono la *lex specialis* della gara e non possono essere disapplicate nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità, in tal caso, di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando. L'esercizio del potere di autotutela, conseguentemente, non può essere disgiunto dal perseguimento di esigenze di economicità e di funzionalità, tali da imporre un'attenta comparazione fra il ripristino della legalità e gli interessi sia pubblico sia privato che da tale ripristino risultino eventualmente sacrificati.

Siffatte esigenze di economicità e di 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 (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1599; sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 846).

7.2. Può scendersi all'esame del contenuto delle singole censure sollevate nel gravame, seguendo, per semplicità espositiva, la tassonomia fatta propria dal ricorso di primo grado.

7.2.1. Le doglianze poste a base del primo motivo, sviluppate nel presupposto che l'atto impugnato sia una revoca, sono tutte inconferenti (per le ragioni esposte al precedente punto 7.1.1.): è evidente l'erroneità della tesi dell'A.t.i. incentrata sulla

manca delle gravi ragioni di opportunità che consentirebbero di ritirare l'intervenuta approvazione dell'aggiudicazione; nel caso di specie la p.a. ha fatto uso del diverso potere di annullamento d'ufficio dopo aver riscontrato un vizio di legittimità e la necessità di preservare i vari interessi pubblici e privati coinvolti (*in primis* quello patrimoniale dell'ente di evitare di erogare un eventuale contributo per la realizzazione di un'opera che non collima con gli obiettivi di fondo perseguiti, nonché quello di risparmiare all'utenza un sicuro aggravio dei costi dei servizi e delle concessioni cimiteriali).

7.2.2. Parimenti infondate sono le censure articolate con il secondo motivo del ricorso introduttivo.

Come emerso dalla precedente ricostruzione operata in fatto (al punto n. 1) ed in diritto (al punto n. 7.1.3.), l'amministrazione ha doverosamente fatto uso dei poteri di autotutela dopo aver riscontrato molteplici punti di contrasto fra l'offerta avanzata dall'A.t.i. e le vincolanti prescrizioni costitutive del quadro di riferimento tecnico - normativo.

In quest'ottica deve escludersi:

- a) che le varianti progettuali offerte dall'A.t.i. integrino il concetto di miglioria;
- b) che il bando abbia previsto una assoluta libertà di proporre varianti anche agli schemi dei contratti di concessione delle aree;
- c) che tali varianti siano state indotte da specifiche istruzioni della stazione appaltante.

7.2.2.1. In linea generale la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti in sede di offerta per il tipo di gara in contestazione è contemplata dalla l. n. 109 del 1994 (ed oggi generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici per qualsivoglia appalto); l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi.

La *ratio* della scelta normativa – nazionale e comunitaria - riposa sulla circostanza che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti.

In ogni caso deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo (come nel caso di specie), sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149).

La giurisprudenza nazionale ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481 cit.):

- si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.
- risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata;

- viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

7.2.2.2. Ciò premesso in diritto, la sezione osserva che, contrariamente a quanto affermato dal ricorrente:

a) la *lex specialis* della gara in contestazione, non ha introdotto una libertà assoluta di varianti in sede di formulazione delle offerte;

b) la variante proposta dall'A.t.i. Ricorrente ha stravolto il contenuto minimo essenziale del progetto esecutivo eradicando del tutto la possibilità che i privati potessero risultare assegnatari di aree sulle quali edificare, a proprie spese, i relativi manufatti cimiteriali e superando i tetti massimi delle tariffe individuati dalla deliberazione giuntale n. 158 del 20 maggio 2004;

c) il seggio di gara si è limitato a ribadire che ciascun concorrente era libero di formulare offerte migliorative anche proponendo la costruzione diretta di loculi, ossari, tombe e cappelle, ma non ha autorizzato la soppressione completa della facoltà di concessione in uso all'utenza delle aree cimiteriali;

d) risulta per *tabulas* sia che la deliberazione n. 158 facesse parte degli atti di gara sia la particolare onerosità delle tariffe per l'utenza previste dall'A.t.i. Ricorrente;

e) comunque, la facoltà di proporre varianti non significa che queste debbano necessariamente essere accettate se giudicate non conformi agli interessi dell'Amministrazione.

7.2.3. Miglior sorte non tocca, infine, al terzo ed ultimo motivo del ricorso di primo grado.

Assodato, per le ragioni esposte al precedente punto n. 7.1.2. che l'atto impugnato ha carattere definitivo in ordine alla scelta di annullare la procedura di gara, non è configurabile il vizio di incompetenza relativa per il solo fatto che siano state rimesse al consiglio comunale le ulteriori determinazioni (di natura eminentemente

politico - amministrativa), circa l'opportunità di modificare il quadro normativo e le linee guida dell'azione amministrativa in materia cimiteriale.

7.2.4. La reiezione della domanda di annullamento del provvedimento impugnato rende improponibile la consequenziale domanda di risarcimento del danno, non risultando, in ogni caso, provata la colpa dell'amministrazione e la sua illegittima condotta.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello.

Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio indicato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna gli appellanti, in solido fra loro, a rifondere in favore del comune di Fasano le spese, gli onorari e le competenze del presente giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione