

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29320-se-vero-che-rientra-nella-discrezionalit-dell-amministrazione-ogni-valutazione-sull-esercizio-dei-poteri-di-autotutela-nondimeno-tale-esercizio-richiede-una-congrua-motivazione-sull-interesse-pub>

Autore: Lazzini Sonia

Se è vero che rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione ogni valutazione sull'esercizio dei poteri di autotutela, nondimeno tale esercizio richiede una congrua motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento di tutti i precedenti atti di gar

Tar Sicilia, Catania, 17.10.2010 n. 695

Se è vero che rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione ogni valutazione sull'esercizio dei poteri di autotutela, nondimeno tale esercizio richiede una congrua motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento di tutti i precedenti atti di gara e alla rinnovazione degli stessi, non sussistendo alcun obbligo in tal senso (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 24 febbraio 1998 , n. 232).

Inoltre, ritiene il Collegio che l'esercizio del potere di autotutela, di cui pure ha fatto uso l'Amministrazione, esiga una motivazione adeguata e congrua, che ricomprenda sia la valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio del proprio precedente atto di esclusione della controinteressata, sia la comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara.

Tale motivazione manca nel caso in esame, mentre avrebbe dovuto essere ancora più pregnante e specifica nella fattispecie, visto che andava attentamente valutata nel merito non solo la questione concernente il rispetto della clausola del bando di cui all'art. 8), ma anche la circostanza che è ancora pendente il giudizio promosso dinanzi a questo TAR dalla controinteressata avverso la propria esclusione. Non senza tralasciare il fatto che, nell'ambito di quel giudizio, risulta adottata una ordinanza cautelare di rigetto della sospensione degli effetti del provvedimento impugnato. Ma a tali significative circostanze, nessun accenno si rinviene nei verbali della Commissione.

La potestà di annullamento in autotutela si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed incombe su di essa l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che giustificano il provvedimento di autotutela, anche supportata eventualmente da un nuovo apprezzamento della fattispecie in base a circostanze sopravvenute, di cui si dia adeguatamente conto (tra le altre, Consiglio Stato , sez. V, 10 settembre 2009 , n. 5427; T.A.R. Lazio Roma sez. II 09 novembre 2009 n. 10991).

In conclusione, il ricorso va accolto per difetto di motivazione.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 695 del 17 marzo 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 00695/2010 REG.SEN.
N. 02169/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2169 del 2009, proposto da:
Ricorrente Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriella Caudullo e Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso il loro studio in Catania, via Trieste, 36;

contro

il Comune di Acireale, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Agata Senfett, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale;

nei confronti di

-Cooperativa Controinteressata Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Emilio Castorina, Angela Patrizia Giuca, Salvatore Nicolosi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Emilio Castorina in Catania, piazza Roma, 9;
-costituenda ATI tra Controinteressata Società Cooperativa Sociale e le mandanti Controinteressata due Società Cooperativa sociale a r.l. ONLUS, Controinteressata tre Società Cooperativa sociale a r.l. ONLUS, Controinteressata quattro Società Cooperativa sociale a r.l. e CONTROINTERESSATA CINQUE Società Cooperativa sociale a r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di gara del 19 maggio 2009;
- del verbale di gara, del 28 luglio 2009, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore dell'ATI costituenda controinteressata;
- della nota del Presidente della Commissione allegata al verbale del 28 luglio di data sconosciuta;
- di ogni altro atto, ivi compresi ove esistenti il provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio e la delibera di approvazione degli atti di gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle controinteressate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2010 il Consigliere dott.ssa Alba Paola Puliatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

In punto di fatto, la ricorrente espone quanto segue.

Con bando pubblicato sulla G.U.R.S. del 27.6.2008, il Comune di Acireale indiceva gara per l'affidamento del servizio denominato "Progetto Cittadinanza ACI 1", alla quale hanno partecipato tre concorrenti, tra cui il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui è mandante la ricorrente e la costituenda ATI di cui è capogruppo la controinteressata.

Con verbale del 24 luglio 2008 la Commissione disponeva l'esclusione di tutte le imprese partecipanti. In particolare, il costituendo raggruppamento di cui fa parte la Ricorrente Soc. Coop. è stato escluso perché "la ditta associata Servizi 2000 Soc. Coop. Sociale è priva delle dichiarazioni di cui ai punti b e c dell'art. 6 del Decreto 24.2.2006, come richiesto dal punto 9)2) del bando di gara; l'ATI controinteressata è stata esclusa per un duplice motivo, ovvero "perché "non specifica espressamente le parti del servizio che saranno assunte da ciascuna ditta in diffinità a quanto richiesto al punto 8) del bando di gara e, inoltre, le ditte associate Controinteressata tre Soc. Coop. ONLUS, Soc. Coop. A r.l. Controinteressata quattro e CONTROINTERESSATA CINQUE Soc. Coop. Sociale non producono certificazione DURC o dichiarazione sostitutiva dello stesso nei modi previsti al punto 9)2) del bando."

Sia l'odierna ricorrente che la controinteressata impugnavano la propria esclusione; ma mentre in favore della ricorrente è stata adottata una misura cautelare favorevole e con sentenza n. 302 del 13 febbraio 2009 il ricorso è stato accolto, viceversa, con ordinanza n. 1176 del 2008, è stata rigettata la richiesta sospensione del provvedimento di esclusione della controinteressata.

Tuttavia, l'Amministrazione, riaperta la gara, con verbale del 19 maggio 2009, in asserita esecuzione della predetta sentenza favorevole alla ricorrente, riammetteva non solo la ricorrente, ma anche la controinteressata, che contestualmente richiedeva per iscritto l'annullamento d'ufficio della propria esclusione, nonostante che diverse fossero (in parte) le ragioni dell'esclusione, e subordinando comunque l'aggiudicazione alla verifica delle dichiarazioni da entrambe rese, nonché, per quanto riguarda la controinteressata anche "all'integrazione della dichiarazione resa in sede di gara relativa al punto 8) del bando".

Con verbale del 28 luglio 2009, sciogliendo la precedente riserva riguardo l'ammissione e riammesse definitivamente le due concorrenti, la gara veniva aggiudicata alla controinteressata che formulava la migliore offerta.

In diritto il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

Violazione del punto 8) del bando di gara. Violazione dell'art. 37 comma 8 del D.L.G.S. 163/2006. Contraddittorietà. Eccesso di potere per sviamento. Difetto di presupposto. Violazione ed errata applicazione del principio di non aggravamento del procedimento con inutili formalismi non correlati ad un concreto interesse pubblico prevalente. Eccesso di potere da sviamento.

Violazione dell'art. 2909 c.c. – violazione dell'art. 21 quinquies della l. 241/90- eccesso di potere sotto il profilo del difetto di presupposto. Violazione del principio del contrarius actus. Difetto di motivazione.

Resistono in giudizio il Comune intimato e la controinteressata.

All'udienza del 26 gennaio 2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso merita accoglimento per la fondatezza del secondo motivo.

La Commissione di gara, nella seduta del 19 maggio 2009, ha espressamente disposto la riammissione in gara dell'ATI controinteressata, su richiesta da questa presentata in sede di riapertura della gara, "in ossequio al principio affermato dal TAR con la sentenza n. 302/2009, con la quale si censura un preteso atteggiamento formalistico senza un correlativo e concreto interesse pubblico o una obiettiva violazione della par condicio dei partecipanti alla gara".

Ha ulteriormente motivato la propria decisione con promemoria allegato al verbale del 28 luglio 2009, in cui esplicita le ragioni della propria determinazione di riammettere in via di autotutela la controinteressata A.T.I., rendendo chiaro che sostanzialmente ha inteso estendere il principio enunciato nella sentenza n.302/2009, relativamente alla dichiarazione concernente il possesso della regolarità contributiva, alla diversa ipotesi della omissione in cui era incorsa la contro interessata, "... la quale si è limitata ad indicare le percentuali di svolgimento del lavoro da parte delle ditte raggruppande", in violazione dell'art. 8 del bando.

Tale estensione delle statuizioni precettive contenute nella sentenza richiamata, risulta così giustificata: "Ritenuto che se è stata ritenuta non esistente una clausola prevista dalla legge speciale con condizione di ammissibilità dell'offerta a pena di esclusione, deve a maggior ragione escludersi ogni formalismo nella valutazione della omissione (non prevista a pena di esclusione) nella quale è incorsa la costituenda ATI Controinteressata, la quale si è limitata ad indicare le percentuali di svolgimento del lavoro da parte delle ditte raggruppande". La Commissione ha invocato, inoltre, una sentenza del Consiglio di Stato che ha ritenuto "sufficiente la semplice indicazione in termini percentuali della quantità di servizio che ciascuna

impresa avrebbe svolto, potendosi integrare la dichiarazione in un momento successivo, senza ledere la par condicio dei concorrenti”.

Ritiene il Collegio che erroneamente la Commissione ha esteso gli effetti della sentenza n. 302/2009 di questo Tribunale ad una ipotesi di esclusione dalla gara in parte diversa: la censura di “eccessivo formalismo”, valutata dal TAR con riguardo alla posizione della ricorrente Ricorrente e alla violazione dell’art. 9 del bando, non poteva certamente applicarsi in modo automatico ad altra causa di esclusione dalla gara rilevata nei confronti della controinteressata, anche a prescindere da ogni considerazione circa i limiti soggettivi di efficacia della sentenza desumibili dall’art. 2909 c.c., che pure ne impedivano l’estensione di fatto operata.

Come affermato in giurisprudenza “relativamente alla parte ordinatoria-prescrittiva, la pronuncia si atteggia come tipicamente inerente al rapporto giuridico dedotto in giudizio (al rapporto, cioè, corrente tra la potestà pubblica riguardata, segnatamente, nei limiti di legittimità imposti alla sua esplicazione e l’interesse legittimo della parte privata azionato), che viene esaminato ed in ordine al quale prescrizioni e vincoli sono posti negli stretti limiti degli interessi sostanziali fatti valere dall’istante, delle censure dedotte e delle contrapposte eccezioni sollevate. (Consiglio Stato , sez. IV, 30 giugno 2004 , n. 4802).

Al di là di queste considerazioni circa i limiti soggettivi di efficacia della sentenza, si ritiene che l’Amministrazione abbia fatto, in ogni caso, uso non corretto dello stesso principio di diritto enunciato con la sentenza n.. 302/2009, alla quale pure si è richiamata, applicandolo ad ipotesi di esclusione diversa, qual è quella enunciata nei confronti dell’ATTI contro interessata.

Inoltre, ritiene il Collegio che l’esercizio del potere di autotutela, di cui pure ha fatto uso l’Amministrazione, esiga una motivazione adeguata e congrua, che ricomprenda sia la valutazione dell’interesse pubblico all’annullamento d’ufficio del proprio precedente atto di esclusione della controinteressata, sia la comparazione

dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara.

Tale motivazione manca nel caso in esame, mentre avrebbe dovuto essere ancora più pregnante e specifica nella fattispecie, visto che andava attentamente valutata nel merito non solo la questione concernente il rispetto della clausola del bando di cui all'art. 8), ma anche la circostanza che è ancora pendente il giudizio promosso dinanzi a questo TAR dalla controinteressata avverso la propria esclusione. Non senza tralasciare il fatto che, nell'ambito di quel giudizio, risulta adottata una ordinanza cautelare di rigetto della sospensione degli effetti del provvedimento impugnato. Ma a tali significative circostanze, nessun accenno si rinviene nei verbali della Commissione.

Se è vero che rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione ogni valutazione sull'esercizio dei poteri di autotutela, nondimeno tale esercizio richiede una congrua motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento di tutti i precedenti atti di gara e alla rinnovazione degli stessi, non sussistendo alcun obbligo in tal senso (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 24 febbraio 1998 , n. 232).

La potestà di annullamento in autotutela si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed incombe su di essa l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che giustificano il provvedimento di autotutela, anche supportata eventualmente da un nuovo apprezzamento della fattispecie in base a circostanze sopravvenute, di cui si dia adeguatamente conto (tra le altre, Consiglio Stato , sez. V, 10 settembre 2009 , n. 5427; T.A.R. Lazio Roma sez. II 09 novembre 2009 n. 10991).

In conclusione, il ricorso va accolto per difetto di motivazione.

Le spese di giudizio si compensano tra le parti per giusti motivi, connessi alla peculiarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (III Sezione interna) accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Alba Paola Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Milana, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2010

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

IL SEGRETARIO