

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29406-in-materia-di-evidenza-pubblica-fino-a-quando-non-sia-intervenuta-l-aggiudicazione-rientra-nella-potest-discrezionale-della-p-a-disporre-la-revoca-del-bando-di-gara-e-degli-atti-successivi-in-pre>

Autore: Lazzini Sonia

In materia di evidenza pubblica, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientra nella potestà discrezionale della P.A. disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da

C.St. 09.04.2010 n. 1997

In materia di evidenza pubblica, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientra nella potestà discrezionale della P.A. disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara.

La scelta di preferire il ritiro degli atti di gara ad altre possibili strategie operative, in questo contesto, appare senz'altro tra quelle astrattamente configurabili. In concreto, poi, questa scelta appare maggiormente libera, ove si ponga attenzione a un dato decisivo, e cioè all'assenza di una posizione giuridica consolidata delle controparti (quale sarebbe stata p. es. la posizione di un'aggiudicataria definitiva).

Infatti in giurisprudenza si è ritenuto che fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione rientra nella potestà discrezionale della p.a. disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di interesse pubblico, tali da rendere inopportuna o anche solo da sconsigliare la prosecuzione della gara.

In pendenza di gara , sorta l'esigenza di modificare la metodologia di presenziamento dei parcheggi del Comune di Vicenza per sopravvenute mutate esigenze aziendali, volte ad un più ampio, nuovo, riassetto societario, correlate alla necessità di ottemperare agli accordi nel frattempo intercorsi con i sindacati, nonché all'obbligo per legge (l. n. 68/99) di assumere personale rientrante nelle categorie protette (personale privilegiato), al fine di coprire alcuni posti resisi nel frattempo vacanti, con delibera d'urgenza del 5 marzo 2009 , successivamente ratificata dal Consiglio di amministrazione, debitamente comunicata alle ditte interessate con raccomandate a. r., anticipate via fax, il Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante di AIM Vicenza deliberava l'annullamento (recte revoca) della gara in oggetto, peraltro ancora in corso di aggiudicazione.

La CONTROINTERESSATA , con ricorso di primo grado, integrato da motivi aggiunti impugnava innanzi al Tar per il Veneto il provvedimento di esclusione dalla gara, l'aggiudicazione provvisoria alla ALFA, ed il provvedimento di revoca della gara.

AIM si costituiva in giudizio per resistere.

Con la sentenza breve impugnata (Tar Veneto 1371 del 2009) il giudice di primo grado accoglieva il ricorso, annullando gli atti impugnati.

Il Tar per il Veneto riteneva che le "sopravvenute mutate esigenze" individuate nell'opportunità di modificare la metodologia del presenziamento nella gestione dei parcheggi asseritamente emerse "nell'ambito di un più ampio riassetto societario" e tali da necessitare un atto di estrema urgenza (provvedimento presidenziale assoggettato a ratifica) non possono giustificare l'attuato annullamento (recte: revoca) della gara in quanto , quest'ultima , bandita soltanto due mesi prima(il 31 dicembre 2008) risulta affatto neutrale sia nei confronti di un eventuale riassetto societario sia relativamente alla tempistica necessaria per modificare la tipologia presenzialistica della gestione dei parcheggi.

In sostanza la revoca dell'appalto è stata ritenuta illegittima perché priva di motivazione in relazione all'interesse pubblico che si vorrebbe perseguire.

L'esclusione di CONTROINTERESSATA veniva ritenuta illegittima perché la polizza sarebbe stata riferibile pacificamente alla gara di cui trattasi.

L'ammissione di ALFA veniva censurata per illegittimità non avendo la cooperativa offerto una cauzione provvisoria sufficiente.

AIM propone appello avverso la predetta sentenza lamentando insufficienza della motivazione della sentenza, ultrapetizione, difetto di giurisdizione, e, nel merito, contestando il capo della sentenza che asserisce la mancanza dell'interesse pubblico perseguito con la revoca.

Con ulteriori motivi si contesta la sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittima l'esclusione della ricorrente di primo grado CONTROINTERESSATA ed ha, altresì, ritenuto illegittima l'ammissione della cooperativa ALFA.

Resiste CONTROINTERESSATA.

Propone separato ricorso di appello avverso la medesima sentenza la cooperativa ALFA incentrando le sue doglianze sulla ritenuta illegittimità della propria ammissione e sostenendo che anche CONTROINTERESSATA si trovava, al pari della cooperativa ALFA nelle medesime condizioni quanto all'importo della cauzione offerta mentre, quanto alla questione della riferibilità della polizza fideiussoria di CONTROINTERESSATA alla stazione appaltante faceva notare che essa riportava il nome dell'ente garantito "Vicenza Acque spa" anziché "AIM Vicenza spa".

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Il ricorso di AIM è fondato per quanto di seguito si espone.

Il Collegio ritiene che i profili di censura avanzati contro l'atto di revoca siano da considerarsi, nel loro complesso, come un tentativo di sindacare profili di discrezionalità amministrativa attinenti in primo luogo alla sfera della programmazione dell'attività amministrativa e, come tali, ampiamente insindacabili, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza, che non è dato rinvenire nella specie.

Le ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio attinenti le modalità di presenziamento, il riassetto societario, la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante esternalizzazione, la necessità di consentire attraverso tale scelta organizzativa un maggior assorbimento di personale – in un quadro di attività concertate in sede sindacale mirante alla valorizzazione del personale interno, sono tutti profili attinenti al merito dell'azione amministrativa.

Il giudice di primo grado ha sostituito la propria valutazione a quella dell'amministrazione ritenendo che la gara sia neutrale rispetto alle predette scelte organizzative.

Ciò con tutta evidenza non è perché l'ente è libero di ripensare le modalità tecniche di organizzazione del servizio ed è soprattutto libero, fino al momento dell'aggiudicazione definitiva, di privilegiare la scelta dell'autoproduzione del servizio se questa non trova controindicazioni (anzi, AIM essendo una società in house, questa scelta costituisce la conseguenza naturale della sua stessa esistenza).

E' evidente che la gara non permette con la stessa efficacia politiche di valorizzazione del personale interno o può rendere meno flessibile l'organizzazione del servizio (che è cristallizzato nell'offerta tecnica).

Non è precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione; un tale potere si fondava, invero, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), sul principio generale dell'autotutela della Pubblica Amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

La disciplina dell'attuale art. 11 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) conferma tali pacifici principi.

E' evidente che tale potere di autotutela deve essere motivato perché di segno contrario agli atti previamente adottati, ma una volta che siano stati indicati i motivi e tali motivi siano ragionevoli è precluso al giudice impingere nel merito delle scelte organizzative della p.a.

Si è così ritenuto che l'aggiudicazione provvisoria determina nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non già un affidamento qualificato. Di conseguenza, ove la p.a. decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'avvio del relativo provvedimento non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario. (Consiglio Stato, sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525).

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

Si è così ritenuto che a recidere tale posizione giuridica sia sufficiente la mera adozione di un atto soprassessorio: così per C. Stato, sez. V, 03-03-2001, n. 1227 un atto soprassessorio della stazione appaltante che si inserisca nel procedimento ad evidenza pubblica, tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva e della stipula contrattuale, non richiede un autonomo avvio di procedimento, né una particolare motivazione, risultando sufficiente la comunicazione ad es. di non poter dar corso all'esecuzione dei lavori per cause non dipendenti dalla propria volontà e di essere intenzionato a procedere all'annullamento della gara d'appalto a suo tempo esperita, con ciò preannunciando l'«annullamento» (rectius revoca) degli atti di gara, con atto sufficiente a concretare un avviso alla aggiudicataria (CdS VI 26 aprile 2005 n. 1885).

SI LEGGA ANCHE

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 consequenziale 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 1997 del 9 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01997/2010 REG.DEC.
N. 05420/2009 REG.RIC.
N. 05175/2009 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 5420 del 2009, proposto da: Aziende Industriali Municipalì Vicenza Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino e Stefano Messuri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale Parioli, 180;

contro

CONTROINTERESSATA - ControinteressataSoc. Cons. P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con la Controinteressata due S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Giorgio Orsoni, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

Cooperativa Sociale ALFA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

Sul ricorso numero di registro generale 5175 del 2009, proposto da: Cooperativa Sociale ALFA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Pierantonio Zanettin, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Franco Coppi in Roma, via Bruno Buozzi, 3;

contro

CONTROINTERESSATA - ControinteressataSoc.Cons.Pa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della

costituenda ATI con la Controinteressata due S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Giorgio Orsoni, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Ati ;

nei confronti di

Aziende Industriali Municipali Vicenza Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tar Veneto - Venezia :sezione I n. 01371/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE PARCHEGGI...

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti , in relazione ad entrambi gli appelli, gli atti di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA-ControinteressataSoc. Cons. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2009 il Cons. Giancarlo Montedoro e uditi per le parti gli avvocati Sanino e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

In data 31 dicembre 2008 la società AIM Vicenza spa indiceva una gara a procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di gestione parcheggi situati nel Comune di Vicenza.

Durata dell'affidamento un anno con eventuale possibilità per AIM di concedere proroga per un ulteriore anno.

Importo a base d'asta : euro 700.000,00 IVA esclusa.

Presentavano offerte le ditte CONTROINTERESSATA – Controinteressatasoc. consortile per azioni , in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Controinteressata due spa (d'ora in avanti CONTROINTERESSATA) ed inoltre la COOPERATIVA SOCIALE ALFA e la società a responsabilità limitata UNION DELTA.

Alla prima seduta pubblica, tenutasi il 12 febbraio 2009, venivano aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa presentata dalle concorrenti, veniva verificata la correttezza della stessa e veniva identificata la documentazione tecnica da ciascuna presentata.

Nell'occasione si dava atto dell'irregolarità della documentazione presentata da CONTROINTERESSATA ed BETA srl , relativamente alla prima in quanto la polizza fideiussoria indicava quale beneficiario un soggetto terzo, diverso dalla società appaltante e neppure appartenente al gruppo AIM, quanto alla seconda, per la mancanza nel certificato della CCIAA della dicitura antimafia, richiesta dal bando a pena di esclusione.

Veniva preso atto della regolarità e della rispondenza della documentazione presentata da Cooperativa ALFA, rispetto a quanto richiesto nel bando e nel capitolato d'appalto.

Alla seduta pubblica del 20 febbraio 2009 veniva confermata l'esclusione , per le motivazioni di cui innanzi, della CONTROINTERESSATA e della BETA srl, si dava atto dei punteggi relativi all'offerta tecnica della sola COOPERATIVA SOCIALE ALFA e si provvedeva ad aggiudicare provvisoriamente la gara.

In pendenza di gara , sorta l'esigenza di modificare la metodologia di presenziamento dei parcheggi del Comune di Vicenza per sopravvenute mutate esigenze aziendali, volte ad un più ampio, nuovo, riassetto societario, correlate alla necessità di ottemperare agli accordi nel frattempo intercorsi con i sindacati, nonché all'obbligo per legge (l. n. 68/99) di assumere personale rientrante nelle

categorie protette (personale privilegiato), al fine di coprire alcuni posti resisi nel frattempo vacanti, con delibera d'urgenza del 5 marzo 2009 , successivamente ratificata dal Consiglio di amministrazione, debitamente comunicata alle ditte interessate con raccomandate a. r., anticipate via fax, il Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante di AIM Vicenza deliberava l'annullamento (*recte* revoca) della gara in oggetto, peraltro ancora in corso di aggiudicazione.

La CONTROINTERESSATA , con ricorso di primo grado, integrato da motivi aggiunti impugnava innanzi al Tar per il Veneto il provvedimento di esclusione dalla gara, l'aggiudicazione provvisoria alla ALFA, ed il provvedimento di revoca della gara.

AIM si costituiva in giudizio per resistere.

Con la sentenza breve impugnata (Tar Veneto 1371 del 2009) il giudice di primo grado accoglieva il ricorso, annullando gli atti impugnati.

Il Tar per il Veneto riteneva che le “sopravvenute mutate esigenze” individuate nell'opportunità di modificare la metodologia del presenziamento nella gestione dei parcheggi asseritamente emerse “nell'ambito di un più ampio riassetto societario” e tali da necessitare un atto di estrema urgenza (provvedimento presidenziale assoggettato a ratifica) non possono giustificare l'attuato annullamento (*recte*: revoca) della gara in quanto , quest'ultima , bandita soltanto due mesi prima(il 31 dicembre 2008) risulta affatto neutrale sia nei confronti di un eventuale riassetto societario sia relativamente alla tempistica necessaria per modificare la tipologia presenzialistica della gestione dei parcheggi.

In sostanza la revoca dell'appalto è stata ritenuta illegittima perché priva di motivazione in relazione all'interesse pubblico che si vorrebbe perseguire.

L'esclusione di CONTROINTERESSATA veniva ritenuta illegittima perché la polizza sarebbe stata riferibile pacificamente alla gara di cui trattasi.

L'ammissione di ALFA veniva censurata per illegittimità non avendo la cooperativa offerto una cauzione provvisoria sufficiente.

AIM propone appello avverso la predetta sentenza lamentando insufficienza della motivazione della sentenza, ultrapetizione, difetto di giurisdizione, e, nel merito, contestando il capo della sentenza che asserisce la mancanza dell'interesse pubblico perseguito con la revoca.

Con ulteriori motivi si contesta la sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittima l'esclusione della ricorrente di primo grado CONTROINTERESSATA ed ha, altresì, ritenuto illegittima l'ammissione della cooperativa ALFA.

Resiste CONTROINTERESSATA.

Propone separato ricorso di appello avverso la medesima sentenza la cooperativa ALFA incentrando le sue doglianze sulla ritenuta illegittimità della propria ammissione e sostenendo che anche CONTROINTERESSATA si trovava, al pari della cooperativa ALFA nelle medesime condizioni quanto all'importo della cauzione offerta mentre, quanto alla questione della riferibilità della polizza fideiussoria di CONTROINTERESSATA alla stazione appaltante faceva notare che essa riportava il nome dell'ente garantito "Vicenza Acque spa" anziché "AIM Vicenza spa".

DIRITTO

Il ricorso di AIM è fondato per quanto di seguito si espone.

In particolare, è legittima la revoca degli atti di gara disposta da AIM e, pertanto, va dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse in relazione al ricorso di primo grado proposto da CONTROINTERESSATA, annullando la sentenza impugnata.

In particolare ritiene il Collegio che in materia di evidenza pubblica, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientra nella potestà discrezionale della P.A. disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti

motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara.

Il Collegio ritiene che i profili di censura avanzati contro l'atto di revoca siano da considerarsi, nel loro complesso, come un tentativo di sindacare profili di discrezionalità amministrativa attinenti in primo luogo alla sfera della programmazione dell'attività amministrativa e, come tali, ampiamente insindacabili, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza, che non è dato rinvenire nella specie.

Le ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio attinenti le modalità di presenziamento, il riassetto societario, la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante esternalizzazione, la necessità di consentire attraverso tale scelta organizzativa un maggior assorbimento di personale – in un quadro di attività concertate in sede sindacale mirante alla valorizzazione del personale interno, sono tutti profili attinenti al merito dell'azione amministrativa.

Il giudice di primo grado ha sostituito la propria valutazione a quella dell'amministrazione ritenendo che la gara sia neutrale rispetto alle predette scelte organizzative.

Ciò con tutta evidenza non è perché l'ente è libero di ripensare le modalità tecniche di organizzazione del servizio ed è soprattutto libero, fino al momento dell'aggiudicazione definitiva, di privilegiare la scelta dell'autoproduzione del servizio se questa non trova controindicazioni (anzi, AIM essendo una società *in house*, questa scelta costituisce la conseguenza naturale della sua stessa esistenza).

E' evidente che la gara non permette con la stessa efficacia politiche di valorizzazione del personale interno o può rendere meno flessibile l'organizzazione del servizio (che è cristallizzato nell'offerta tecnica).

Non è precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e

sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione; un tale potere si fondava, invero, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), sul principio generale dell'autotutela della Pubblica Amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

La disciplina dell'attuale art. 11 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) conferma tali pacifici principi .

E' evidente che tale potere di autotutela deve essere motivato perché di segno contrario agli atti previamente adottati, ma una volta che siano stati indicati i motivi e tali motivi siano ragionevoli è precluso al giudice impingere nel merito delle scelte organizzative della p.a.

La scelta di preferire il ritiro degli atti di gara ad altre possibili strategie operative, in questo contesto, appare senz'altro tra quelle astrattamente configurabili. In concreto, poi, questa scelta appare maggiormente libera, ove si ponga attenzione a un dato decisivo, e cioè all'assenza di una posizione giuridica consolidata delle controparti (quale sarebbe stata p. es. la posizione di un'aggiudicataria definitiva).

Infatti in giurisprudenza si è ritenuto che fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione rientra nella potestà discrezionale della p.a. disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di interesse pubblico, tali da rendere inopportuna o anche solo da sconsigliare la prosecuzione della gara.

Si è così ritenuto che l'aggiudicazione provvisoria determina nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non già un affidamento qualificato. Di

conseguenza, ove la p.a. decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'avvio del relativo provvedimento non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario. (Consiglio Stato , sez. V, 24 marzo 2006 , n. 1525).

L'aggiudicazione provvisoria, in conclusione, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo, legittima la partecipazione di questi alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione preordinate all'adozione dell'aggiudicazione definitiva e/o all'approvazione degli atti di gara o del contratto. Si è così ritenuto che a recidere tale posizione giuridica sia sufficiente la mera adozione di un atto soprassessorio: così per C. Stato, sez. V, 03-03-2001, n. 1227 un atto soprassessorio della stazione appaltante che si inserisca nel procedimento ad evidenza pubblica, tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva e della stipula contrattuale, non richiede un autonomo avvio di procedimento, né una particolare motivazione, risultando sufficiente la comunicazione ad es. di non poter dar corso all'esecuzione dei lavori per cause non dipendenti dalla propria volontà e di essere intenzionato a procedere all'annullamento della gara d'appalto a suo tempo esperita, con ciò preannunciando l'«annullamento» (*rectius* revoca) degli atti di gara, con atto sufficiente a concretare un avviso alla aggiudicataria (Cds VI 26 aprile 2005 n. 1885).

In conseguenza della legittimità della revoca, in accoglimento dell'appello di AIM va dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse in relazione al ricorso di primo grado, con conseguente improcedibilità anche dell'appello di ALFA riunito all'appello di AIM.

Spese del doppio grado compensate sussistendone gli eccezionali motivi in ragione della assoluta peculiarità della fattispecie e delle alterne vicende della lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato , Sezione Quinta, definitivamente pronunciando , nel contraddittorio delle parti, sui ricorsi riuniti indicati in epigrafe, così provvede :

Accoglie l'appello proposto da Aziende Industriali Municipalì Vicenza Spa (ricorso n. 5420 del 2009) e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e dichiara improcedibile il ricorso di primo grado per sopravvenuto difetto di interesse.

Dichiara improcedibile l'appello proposto dalla Cooperativa sociale ALFA (ricorso n. 5175 del 2009) per sopravvenuto difetto di interesse.

Compensa le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione

