

TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9/12/2004 n. 2304

Sulla necessità per la stazione appaltante di motivare la scelta di non procedere all'aggiudicazione di una gara e di abbandonare la procedura ad evidenza pubblica.

Una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria la stazione appaltante può procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio dell'aggiudicazione già disposta ovvero alla non approvazione del relativo verbale. In tal caso l'Amministrazione è comunque tenuta ad operare le proprie scelte attenendosi alle regole di imparzialità e buona amministrazione. Deve perciò ritenersi suscettibile di sindacato - almeno in linea astratta - l'esercizio del potere di non procedere ad alcuna aggiudicazione, non in quanto incidente su posizioni consolidate (tali non potendo definirsi quelle dei soggetti in graduatoria, per i quali non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione), bensì perché lesivi dell'affidamento posto dai partecipanti alla conclusione del procedimento, alla stregua delle regole generali stabilite dalla legge n. 241 del 1990. E' perciò del tutto priva di motivazione la scelta di non procedere all'aggiudicazione della gara al secondo classificato se non sono indicate le ragioni di pubblico interesse che hanno consigliato la stazione appaltante ad abbandonare la procedura di evidenza pubblica a suo tempo avviata.

Materia: appalti / autotutela

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA

composto dai signori

Salvatore Mezzacapo PRESIDENTE, relatore

Nicola Durante COMPONENTE

Giulio Castriota Scanderbeg COMPONENTE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 501/2002 Reg. Gen., proposto da 3D Informatica s.a.s., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giancarlo Gentile presso il cui studio in Cosenza, via Canotti Bianco n. 8 elettivamente domicilia e Claudia Greco

CONTRO

l'Università degli studi della Calabria, in persona del Rettore pro tempore, non costituita in giudizio

E NEI CONFRONTI DI

Conus s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio

per l'annullamento

del decreto direttoriale n. 190 del 28 febbraio 2002 nella parte in cui, dopo aver disposto di non approvare il verbale di aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Conus s.r.l. della licitazione privata n. 131/01 per la fornitura di attrezzature informatiche destinate agli uffici amministrativi, decreta di non procedere ad alcuna aggiudicazione dell'appalto e di provvedere ad indire nuovo esperimento di gara con le modalità già previste per la gara non aggiudicata con il decreto direttoriale n. 33 del 26 novembre 2001, nonché per la condanna dell'intimata Amministrazione al risarcimento dei danni causati alla ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte e gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2004 data per letta la relazione del magistrato Salvatore Mezzacapo e uditi, altresì, i difensori delle parti come da verbale di udienza.
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con lettera prot. n. 15445 del 28 novembre 2001 l'Università degli studi della Calabria ha invitato alcune ditte, tra cui l'odierna ricorrente, a partecipare alla licitazione privata per la fornitura di attrezzature informatiche per gli uffici amministrativi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 19, lett. b) del decreto legislativo n. 358 del 1992. Compilate le operazioni di valutazione sono state ammesse alla fase successiva due sole imprese: l'odierna ricorrente e la Conus s.r.l. . Sommati quindi ai punteggi della valutazione tecnica quelli relativi all'offerta economica la commissione di gara ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della fornitura alla ricordata Conus s.r.l., mentre la ricorrente si collocava come seconda. E però sulla scorta di rilievi prodotti proprio dalla odierna ricorrente e relativi alla inadeguatezza dell'offerta dell'impresa dichiarata provvisoriamente aggiudicataria, il direttore amministrativo della intimata Università ha, con l'avversato provvedimento, deliberato di non approvare il verbale di licitazione privata relativo all'aggiudicazione della fornitura di cui è questione in favore della Conus s.r.l., in quanto "l'aggiudicazione provvisoria non risponde alle esigenze che si devono soddisfare" e di non procedere ad alcuna aggiudicazione, ed ha altresì deliberato di provvedere ad indire un nuovo esperimento di gara con le modalità previste nel decreto direttoriale n. 33 del 26 novembre 2001. Il citato decreto direttoriale è, con tutta evidenza, impugnato nella sola parte in cui dispone di non procedere ad alcuna aggiudicazione e di provvedere alla indizione di una nuova gara.

A sostegno del dedotto ricorso si deduce allora violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 per carenza di motivazione, violazione dell'art. 97 della Costituzione sul principio di buon andamento dell'attività amministrativa nonché eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento ed ingiustizia manifesta.

Non si sono costituite in giudizio l'intimata Amministrazione e la Conus s.r.l., pure evocata in giudizio.

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2004 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

DIRITTO

Con il proposto ricorso è chiesto l'annullamento del decreto direttoriale n. 190 del 28 febbraio 2002 nella parte in cui, dopo aver disposto di non approvare il verbale di aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Conus s.r.l. della licitazione privata n. 131/01 per la fornitura di attrezzature informatiche destinate agli uffici amministrativi, l'intimata stazione appaltante decreta di non procedere ad alcuna aggiudicazione dell'appalto e di provvedere ad indire nuovo esperimento di gara con le modalità già previste per la gara non aggiudicata con il decreto direttoriale n. 33 del 26 novembre 2001, nonché la condanna dell'intimata Amministrazione al risarcimento dei danni causati alla ricorrente.

In buona sostanza, l'impresa ricorrente, seconda classificata nella gara di cui è questione, ferma restando la determinazione della stazione appaltante di non approvare l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della Conus s.r.l., contesta la coeva determinazione della stessa stazione appaltante di non procedere ad alcuna aggiudicazione (che, altrimenti, sarebbe stata disposta in suo favore) e di provvedere ad indire una nuova gara.

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

Osserva il Collegio che nel caso di specie la stazione appaltante non ha provveduto ad annullare o revocare una già disposta aggiudicazione, ma più semplicemente ha provveduto a non approvare la già disposta aggiudicazione provvisoria, appunto non trasformandola in definitiva. Vicenda questa assolutamente fisiologica nello sviluppo della procedura concorsuale, essendo pacifica la possibilità per la stazione appaltante di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio dell'aggiudicazione già disposta ovvero, come nel caso di specie, alla non approvazione del relativo verbale (cfr. Cons. Stato, VI Sez. 14 gennaio 2000 n. 244).

Applicando i principi ora richiamati alla controversia in esame, deve allora intanto rilevarsi che l'Amministrazione ha compiutamente esplicitato le ragioni del diniego di approvazione, riconducibili in sostanza alla inadeguatezza dell'offerta dell'aggiudicataria provvisoria, ma questo punto non è evidentemente contestato dalla odierna ricorrente, che anzi proprio sulla determinazione della stazione appaltante di non approvare il verbale fonda sul piano logico-fattuale la sua contestazione dell'ulteriore determinazione di non procedere ad alcuna aggiudicazione e di provvedere ad indire una nuova gara. Ciò detto, va poi rilevato che l'annullamento giurisdizionale o anche in via di autotutela dell'aggiudicazione e così la determinazione di non approvare il verbale di aggiudicazione, come avvenuto nel caso di specie, facendo venir meno il vincolo negoziale sorto con l'adozione del provvedimento rimosso ovvero evitando che sorga il detto vincolo, restituiscono in pieno alla potestà di diritto pubblico della stazione appaltante il potere di scelta fra l'avvalersi - per il conseguimento del bene perseguito - della procedura espletata oppure di revocare gli atti che vi hanno dato luogo, con ampia discrezionalità, interagente sui limiti del sindacato di legittimità ed anche sulla individuazione dei soggetti legittimati a richiedere il controllo giurisdizionale.

Peraltro, l'alternativa fra l'avvalersi degli atti della procedura o procedere ad una nuova gara, può essere sciolta a favore della seconda soluzione soltanto previa revoca, in via di autotutela, degli atti validi della procedura (cfr. Cons. Stato, VI Sezione, 19 dicembre 2000 n. 6838). Il che peraltro non è avvenuto, quanto meno in maniera chiara ed inequivoca, nel caso di specie. Non a caso la ricorrente lamenta violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, per mancata comunicazione di avvio del procedimento di revoca del bando. Delle due l'una: o la determinazione in parte qua avversata implica revoca del bando e comunque di tutti gli atti validi della procedura ed allora si imponeva la comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della ricorrente, seconda classificata oppure la determinazione in parte qua avversata non ha anche valenza di revoca implicita degli atti validi di gara ed allora la mancata previa revoca dei detti atti rende comunque illegittima l'indizione di nuova gara per quanto innanzi rilevato.

Del resto, in assenza di una regola di carattere generale che, nella materia in esame, imponga scelte vincolate del tipo indicato in altro settore della contrattualistica pubblica dall'abrogato art. 30 D.L. vo n. 406 del 1991 (aggiudicazione al secondo classificato), l'Amministrazione - una volta deliberato di non approvare il verbale di aggiudicazione è comunque tenuta ad operare le proprie scelte attenendosi alle regole di imparzialità e buona amministrazione che hanno trovato - nella legge generale sul procedimento amministrativo - una puntuale specificazione, nel senso dell'economia dei mezzi procedurali per soddisfare il pubblico interesse, e dell'obbligo, a carico dell'Amministrazione, di non aggravare il procedimento (cfr. Cons. Stato, VI Sez. n. 244 del 14 gennaio 2000).

Ciò che, dunque, è suscettibile di sindacato - almeno in linea astratta - è l'esercizio del potere di non procedere ad alcuna aggiudicazione, non in quanto incidente su posizioni consolidate (tali non potendo definirsi quelle dei soggetti in graduatoria, per i quali non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione), bensì perché lesivi dell'affidamento posto dai partecipanti alla conclusione del procedimento, alla stregua delle regole generali stabilite dalla legge n. 241 del 1990.

In tale senso si è, anche recentemente espressa la VI Sezione del Consiglio di Stato (dec. n. 244 del 14 gennaio 2000 sopra citata) affermando che il rilievo conferito dalla legge citata non soltanto ai destinatari del provvedimento, ma anche a coloro che dal provvedimento possono trarre pregiudizio, impone di considerare meritevole di una, sia pur limitata, tutela, a fronte della decisione dell'Amministrazione di esercitare il potere di revoca sugli atti di una procedura ad evidenza pubblica di cui sia stata annullata l'aggiudicazione, la posizione del secondo classificato, il quale ha interesse alla conservazione degli atti della procedura ancora utilizzabili ed è destinato a ricevere un innegabile pregiudizio dalla revoca.

La necessaria osservanza delle regole che governano l'azione dell'Amministrazione, anche nell'ipotesi che interessa, è stata più volte affermata dalla giurisprudenza amministrativa (per tutte, Cons. Stato, V Sez. n. 1263 del 24 ottobre 1994; VI Sez. n. 652 del 30 aprile 1994).

Non possono, infatti, non tenersi nella dovuta considerazione le aspettative di chi, collocato al secondo posto in graduatoria ha provocato il controllo giurisdizionale sulla illegittima ammissione alla procedura del concorrente dichiarato aggiudicatario provvisorio.

In definitiva, risulta fondato il motivo di ricorso con cui si deduce difetto di motivazione dell'avversato provvedimento nella parte in cui, senza esplicitare alcuna ragione a sostegno della determinazione assunta, si statuisce di non procedere ad alcuna aggiudicazione e di provvedere alla indizione di nuova gara. Altrimenti detto, è del tutto priva di motivazione la scelta di non procedere all'aggiudicazione della gara al secondo classificato. Non sono indicate nell'atto impugnato le ragioni di pubblico interesse che hanno consigliato la stazione appaltante ad abbandonare la procedura di evidenza pubblica a suo tempo avviata. Ciò impone di dover conseguentemente annullare la determinazione nella parte in cui è stata puntualmente avversata dalla società ricorrente, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'intimata Amministrazione.

Ed a ben considerare proprio il disposto annullamento della determinazione in parte qua avversata, con la conseguente riattivazione della discrezionale attività amministrativa, preclude l'accogliibilità della domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il Collegio accoglie il proposto ricorso e, per l'effetta, annulla il decreto in parte qua avversato, ad eccezione della domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno che va respinta.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese del presente giudizio in ragione della mancata costituzione della pur intimata Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria ACCOGLIE, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso n. 501 del 2002, di cui in epigrafe, e, per l'effetto, annulla il decreto in parte qua impugnato.

Nulla spese.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 26 novembre 2004.

Depositata in Segreteria il 9 dicembre 2004

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)