

Cga Regione Sicilia, sentenza n. 333 del 9 maggio 2005 - sulla illegittimità dell'annullamento di una aggiudicazione a seguito del ritrovamento di un documento la cui mancanza aveva comportato l'esclusione di una ditta dalla gara

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 71 del 2003 proposto da

SA.BO. s.r.l. ,

in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Salvatore Fanara, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giovanni Montalbano , in Palermo, via Catania, 5;

- APPELLANTE PRINCIPALE -

contro

l'A.T.I. tra le imprese ROSSI RUGGERO s.r.l. e CO.PRO.FIN. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentata e difesa dagli avv. Raimondo Alaimo e Antonio Gaziano, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Carmen Luisa Pendola, in Palermo, via Croci 2/G;

- APPELLATA E APPELLANTE INCIDENTALE -

e nei confronti

di COMUNE DI PALMA DI MONTECHIARO, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 225/03, depositata il 18 febbraio 2003 e preceduta da dispositivo n. 168/02 depositato il 19 dicembre 2002 , con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione II di Palermo , ha accolto il ricorso proposto dall'A.T.I. tra le imprese Rossi Ruggero s.r.l. e CO.PRO.FIN. s.r.l. per l'annullamento: 1) della determinazione del Dirigente dell'Ufficio Tecnico Comunale del Comune di Palma di Montechiaro, n. 369 del 14 agosto 2002, con la quale è stata annullata l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. ricorrente dell'appalto dei lavori di completamento delle urbanizzazioni del quartiere di edilizia residenziale pubblica Villaggio Giordano ed è stata disposta la riapertura della gara; 2) del verbale di riapertura della gara del 23 settembre 2002, con il quale l'appalto anzidetto è stato aggiudicato alla SA.BO. s.r.l..

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed appello incidentale dell'A.T.I. Rossi Ruggero s.r.l. - CO.PRO.FIN s.r.l. ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Viste le ordinanze n. 91/03 del 4 febbraio 2003 e n. 334/03 del 14 luglio 2003 , con le quali sono state respinte le domande incidentali di sospensione dell'esecutività, rispettivamente, del dispositivo e della sentenza impugnati;

Visto il dispositivo n. 47/05 del 11 febbraio 2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 2 febbraio 2005 il Consigliere Giorgio Giaccardi e udito, altresì, l'avv. R. Alaimo per l'A.T.I. appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

Con sentenza n. 225/03, preceduta da rituale pubblicazione del dispositivo ex art. 23 bis, L. 1034/1971, il TAR della Sicilia ha accolto il ricorso proposto dall'A.T.I. tra le imprese Rossi Ruggero s.r.l. (mandataria) e CO.PRO.FIN. s.r.l. (mandante) avverso i provvedimenti in epigrafe indicati, limitatamente alla censura di cui al terzo motivo di gravame, deducendo violazione di legge per falsa applicazione degli artt. 6 e segg. L. reg. 30 aprile 1991, n. 10, eccesso di potere per difetto di motivazione e violazione della L. reg. n. 21/1985, con riguardo all'omessa comunicazione all'A.T.I. già risultata aggiudicataria della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e di riapertura della procedura di gara. Con la medesima sentenza sono state invece respinte, siccome infondate, le censure di ordine sostanziale dedotte con i primi due motivi di gravame, concernenti eccesso di potere sotto vari profili, in relazione alla determinazione di disporre la riapertura della gara a seguito di un reclamo presentato dall'A.T.I. Bucaria-Petrone e del rinvenimento postumo di un documento la cui mancanza aveva comportato l'esclusione dalla gara della medesima A.T.I., senza che fossero garantite adeguate modalità di custodia della documentazione pervenuta in sede di gara e senza che sia stata fornita alcuna idonea motivazione al riguardo.

La SA.BO. s.r.l. ricorre in appello avverso la sentenza suindicata, previa impugnazione del dispositivo e successiva proposizione dei motivi a seguito del deposito della motivazione. Deduce, con unico motivo, l'erroneità del capo di decisione che ha accolto la censura relativa all'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di autotutela, essendo documentalmente provato che l'A.T.I. aggiudicataria ha avuto notizia, dapprima informalmente e poi anche in via ufficiale, del procedimento di autotutela, avendo la stessa avuto modo di spiegare le proprie ragioni prima della conclusione del nuovo procedimento di aggiudicazione, e non essendo comunque l'eventuale mancanza di tempestiva partecipazione idonea a modificare l'esito del procedimento, come confermato dal rigetto da parte della sentenza impugnata degli ulteriori motivi di gravame aventi rilievo sostanziale.

Si è costituita in giudizio l'A.T.I. Rossi Ruggero-CO.PRO.FIN, contestando la fondatezza dell'appello principale e proponendo a sua volta appello incidentale avverso i capi di decisione con i quali sono stati rigettati il primo e secondo motivo del ricorso principale di primo grado, deducendo rispettivamente: 1) eccesso di potere; manifesta irragionevolezza ed ingiustizia; vizio del procedimento; perplessità; 2) eccesso di potere; vizio di motivazione sull'errata applicazione dei principi in materia di autotutela.

Il Comune di Palma di Montechiaro, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Con ordinanze n. 91/03 del 4 febbraio 2003 e n. 334/03 del 14 luglio 2003 sono state respinte le domande incidentali di sospensione dell'esecutività, rispettivamente, del dispositivo e della sentenza di primo grado, proposte dall'appellante principale.

DIRITTO

E' infondato l'appello principale, con il quale si assume che l'A.T.I. originariamente aggiudicataria dell'appalto avrebbe ricevuto rituale e tempestiva comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento volto alla riapertura della gara con nota del dirigente U.T.C. prot. n. 16349 del 14 agosto 2002, cui avrebbe fatto seguito un telegramma di risposta del 19 agosto 2002, con conseguente instaurazione di un tempestivo contraddittorio endoprocedimentale.

Tale prospettazione trascura infatti di considerare che, nella specie, la necessità di comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento riguardava non solo e non tanto la riapertura della gara, ma soprattutto la determinazione di procedere all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione già perfezionatasi in esito alla formazione del relativo verbale da parte del seggio di gara e all'assenza di tempestivi reclami nei successivi sette giorni (art. 25 L.R. n. 21/1985). Poiché nella specie la determinazione dirigenziale n. 369, impugnata in principalità, reca la stessa data della comunicazione inviata all'aggiudicataria (14 agosto 2002), appare evidente come a quest'ulti-ma non possa in alcun modo attribuirsi natura e funzione di avviso di inizio del procedimento, questo essendosi ormai concluso con esito dichiaratamente irretrattabile (come si evince dal tenore letterale della stessa comunicazione e della successiva nota del 22 agosto 2002, nelle quali si dà per compiutamente avvenuta la fase procedimentale sfociata nel provvedimento di annullamento d'ufficio, e si dà semplicemente notizia del fatto che, a seguito di tale determinazione, si procederà alla riapertura delle operazioni di gara).

Né vale, in contrario, l'assunto di parte appellante secondo cui l'eventuale partecipazione al procedimento di autotutela non avrebbe comunque potuto esplicare efficace incidenza causale sul provvedimento terminale, ove si considerino, da un lato, il carattere tipicamente discrezionale del provvedimento di autotutela, comportante ex se la necessaria valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico attuale all'esercizio del potere in bilanciato contemperamento con gli interessi privati coinvolti nel procedimento, e dall'altro la fondatezza dei rilievi successivamente prospettati dall'aggiudicataria in sede giurisdizionale (quale risulterà dal successivo esame dei motivi di appello incidentale), che ben avrebbero potuto modificare la determinazione di annullare d'ufficio l'aggiudicazione, ove l'interessata avesse avuto la concreta possibilità di introdurli in un contraddittorio endoprocedimentale ritualmente instaurato.

L'esame dell'appello incidentale autonomo, proposto dall'A.T.I. Rossi Ruggero - CO.PRO.FIN avverso il capo della sentenza impugnata che ha ritenuto infondati i primi due motivi dell'originario ricorso, non è assorbito né reso improcedibile dalla statuizione di rigetto resa sull'appello principale, stante il carattere maggiormente satisfattivo che l'accoglimento dei motivi di ordine sostanziale disattesi in primo grado verrebbe a garantire alla pretesa azionata dall'originaria ricorrente rispetto al mantenimento della situazione di vantaggio acquisita per effetto dell'annullamento per mero vizio procedimentale dei provvedimenti impugnati con l'originario ricorso. Tali motivi sono anch'essi fondati e comportano l'annullamento sia del provvedimento reso in sede di autotutela sia della riaggiudicazione dell'appalto alla società SA.BO. in esito alla disposta riapertura della gara, anche sotto i profili sostanziali con essi dedotti.

L'ente appaltante, invero, ha posto in non cale l'esito della procedura di gara svoltasi in data 12 e 28 giugno 2002 traendo spunto dall'esposto tardivamente presentato dall'A.T.I. Bucaria-Petrone, esclusa dalla gara per mancanza di un documento richiesto dal bando (dichiarazione di unicità

dell'incarico del direttore tecnico dell'impre-sa mandante), che l'esponente affermava invece essere presente nella documentazione tempestivamente presentata e sottoposta ad esame dal seggio di gara. La sentenza impugnata, con motivazione a dir poco ellittica ed apodittica, ha affermato che nella specie non si sarebbe trattato del tardivo reperimento di un documento a suo tempo ritenuto non presente, ma di una semplice (dovuta) rettifica ad una svista che aveva portato a ritenere mancante una dichiarazione che invece sarebbe stata presente fin dall'origine. Da tale assunto il giudice di primo grado ha tratto la conseguenza che nella specie non troverebbe applicazione l'insegnamento giurisprudenziale che impone all'ente appaltante, al fine dell'esercizio del potere di autotutela correlato a vizi riguardanti operazioni materiali o accertamento di fatti storici, di motivare adeguatamente in ordine all'intervenuta custodia della documentazione relativa alla gara, e più in generale alla garanzia che la stessa non sia stata medio tempore fatta oggetto di operazioni di alterazione e manipolazione finalizzate a modificare i risultati già acquisiti (cfr. per tutte Cons. Stato, V, nn. 2088/1999 e 661/2000; IV, n. 1612/2002; C.G.A., nn. 107 e 582/1997).

Osserva di contro il Collegio che, nella presente fattispecie, tale esigenza garantistica si imponeva in termini particolarmente gravi e rigorosi, stante la presenza di molteplici elementi indiziari, puntualmente evidenziati dall'appellante incidentale, che lasciano ipotizzare la presenza di possibili manomissioni della documentazione di gara volte ad alterare l'esito della procedura (tali, in particolare, la tardiva presentazione di esposto da parte di un'impresa comunque non interessata all'aggiudicazione, il notevole intervallo temporale intercorso tra il primo ed il secondo esame delle offerte, la mancanza di qualsiasi, pur generica, attestazione circa le modalità di custodia medio tempore adottate, ed infine la circostanza che l'intera documentazione allegata all'offerta dell'A.T.I. Bucaria - Petrone non risulta siglata dal seggio di gara, a differenza di quella concernente le offerte di tutte le altre imprese partecipanti).

Ne discende che il comportamento dell'ente appaltante, laddove ha ritenuto di procedere ad un riesame postumo della documentazione, riammettendo alla gara l'impresa originariamente esclusa per carenza di un documento successivamente rinvenuto, e addivenendo, sulla base di tale riammissione, alla formazione di una nuova media che ha favorito l'odierna appellante principale in luogo dell'originaria aggiudicataria, pecca a dir poco di grave leggerezza e superficialità, ed è stato come tale puntualmente censurato dall'appellante incidentale sotto i profili dell'eccesso di potere per manifesta ingiustizia ed irragionevolezza, perplessità, carenza di motivazione (in ordine all'esistenza e sufficienza di cautele atte a preservare l'integrità della documentazione di gara), nonché più in generale per violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione.

In conclusione, rigettato l'appello principale ed accolto l'appello incidentale, rimane confermato l'annullamento dei provvedimenti impugnati dinanzi al TAR, con la parzialmente diversa motivazione che precede, tale da comportare un più incisivo e stringente vincolo conformativo in capo all'amministrazione tenuta a dare esecuzione al giudicato.

Quanto alle spese del giudizio, resta ferma la statuizione di integrale compensazione per il primo grado, stante l'assenza d'impugnazione incidentale del relativo capo di decisione, mentre per il grado d'appello le stesse seguono la soccombenza, gravando pertanto in capo all'appellante principale nella misura liquidata in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale respinge l'appello principale ed accoglie l'appello incidentale, riformando per l'effetto la sentenza appellata come da motivazione. Condanna la SA.BO. s.r.l. al pagamento, in favore dell'A.T.I. Rossi Ruggero s.r.l. - CO.PRO.FIN. s.r.l., delle spese di giudizio, che liquida in complessivi 3.000 Euro.

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

Così deciso in Palermo, addì 2 febbraio 2005 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio con l'intervento dei Signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Giorgio Giaccardi, estensore, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Giorgio Giaccardi, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 9 maggio 2005