



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 995 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Betoncat S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Massimiliano Lombardo, Paola Razzano, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Bormioli in Genova, p.zza Dante 9/14;

contro

Genova Reti Gas Srl, rappresentato e difeso dagli avv.ti Daniela Anselmi, Giulio Bertone, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela Anselmi in Genova, via Corsica 21/18-20;

nei confronti di

Iren Acqua Gas Spa;

per l'annullamento

del provvedimento del direttore legale ed affari istituzionali della iren

acqua gas spa di esclusione da procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei lavori relativi alla manutenzione e realizzazione di impianti e reti di distribuzione gas.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Genova Reti Gas Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2011 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori Lombardo, per la società ricorrente, e Anselmi e Bertone per la società resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Bentoncat s.p.a. ha impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura negoziata indetta da Genova Reti Gas s.r.l. per l'affidamento in appalto di lavori strumentali al rinnovamento, potenziamento ed estensione della preesistente rete di distribuzione del gas ed allaccio alle singole utenze.

Gravame preceduto dall'istanza di autotutela proposta dalla medesima ricorrente, formulata ai sensi dell'art. 243-bis d.Lgs. n. 163/06 in ragione dell'asserita illegittimità delle clausole contenute nell'avviso di gara, segnatamente: l'una, relativa alla richiesta del possesso in capo alle imprese offerenti di una struttura tecnico-operativa composta attualmente e in media nel triennio 2007-2008-2009 da almeno 80 addetti con contratto a tempo interminato; l'altra,

avente ad oggetto l'impegno all'assunzione del personale in esubero da altre imprese già operanti nell'ambito della provincia di Genova per il Gruppo Iride.

Nelle premesse dell'atto introduttivo si deduce che:

- in fase di prequalificazione è stata tempestivamente presentata (d.2.08.2010) domanda di partecipazione alla gara;
- in considerazione dell'istanza di autotutela e del fatto che l'avviso di gara non comminava alcuna espressa sanzione di esclusione per l'offerta carente dei requisiti richiamati, la domanda di partecipazione comunque conteneva l'espressa declaratoria "di salvezza di ogni diritto";
- respinta (d.24.09.2010) in pendenza di prequalificazione l'istanza di autotutela non impugnata, la ricorrente, senza ricevere alcun'altra comunicazione, nonostante il fatto di avere già regolarmente eseguito lavori per conto della stessa appaltante per importo superiore a quello posto a base di gara, si vedeva comunicare l'esclusione dalla procedura di gara per la mancata dichiarazione del possesso dei requisiti in esame;
- l'esclusione, non espressamente comminata nell'avviso di gara, avrebbe, per un verso, ingiustificatamente pretermesso il principio pretorio di massima partecipazione all'evidenza pubblica delle imprese aspiranti all'affidamento dell'appalto e, per l'altro, impedito alla ricorrente d'integrare la dichiarazione;
- inoltre i requisiti pretesi dalla stazione appaltante, per le ragioni già

dedotte nell'istanza di autotutela, sarebbero, lamenta ancora la ricorrente, intrinsecamente illegittimi, ostando alla loro validità sia la tipicità delle prestazioni patrimoniali imposte che la libertà d'impresa, principi costituzionali d'ordine pubblico economico.

Le censure, condensate in due motivi, si pongono in linea di logica e coerente continuità con i fatti dedotti:

Violazione dell'art. 97 cost. Violazione dell'art. 46 d.lgs. 163 del 2006.

Violazione dell'art. 6 l. n. 241 del 1990. Violazione della lex specialis.

Eccesso di potere;

Violazione dell'art. 41 cost. Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 43 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere.

Con motivi aggiunti il gravame è stato esteso all'aggiudicazione sopravvenuta in pendenza di lite.

La stazione appaltante si è costituita chiedendo la reiezione del gravame perché irricevibile.

Respinta l'originaria domanda di tutela cautelare, accolta seppure in via interinale quella successiva presentata incidentalmente con il ricorso contenente motivi aggiunti, alla pubblica udienza del 31.03.2011 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La ricorrente, già affidataria di lavori con contratti in corso d'esecuzione con la stessa stazione appaltante evocata in giudizio, ha impugnato l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento di

lavori d'adeguamento ed estensione della rete gas.

Gravame esteso, oltre che con motivi aggiunti all'aggiudicazione sopravvenuta in pendenza di lite, a due (delle) clausole contenute nell'avviso di gara: la prima relativa alla richiesta del possesso in capo alle imprese offerenti di una struttura tecnico-operativa composta attualmente e in media nel triennio 2007-2008-2009 da almeno 80 addetti con contratto a tempo interminato; la seconda avente ad oggetto l'impegno all'assunzione del personale in esubero da altre imprese già operanti nell'ambito della provincia di Genova per il Gruppo Iride.

In limine sull'eccezione preliminare d'irricevibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione aggiudicatrice sul rilievo che il ricorso sarebbe tardivo.

L'omessa impugnazione, entro il termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione, delle clausole previste nell'avviso di gara, contenenti requisiti relativi a capacità tecniche richiesti in capo alle imprese offerenti, deporrebbe, secondo le deduzioni poste a fondamento dell'eccezione, per la tardività dell'impugnazione in esame: viceversa proposta avverso l'esclusione, atto meramente conseguente alla violazione sostanziale della *lex specialis*, non avente pertanto efficacia *ex se* lesiva.

Immediata lesività, percepita – sempre ad avviso della stazione appaltante – dalla stessa ricorrente: sarebbe testimonianza l'istanza di autotutela proposta da quest'ultima fin dal momento della

pubblicazione dell'avviso di gara proprio al fine di espungere dette prescrizioni dal novero dei requisiti soggettivi richiesti per partecipare alla selezione concorrenziale.

E che, una volta sopraggiunto il diniego opposto dalla amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto essere autonomamente impugnato: gravame invece non affatto proposto.

L'eccezione di rito, che per gli argomenti su cui si fonda offre il destro per la trattazione congiunta del merito, è infondata.

Innanzitutto mette conto rilevare che l'istanza volta a sollecitare l'esercizio della potestà di autotutela, formulata ai sensi dell'art. 243-bis d.Lgs. n. 163/06, non muta affatto la consistenza della posizione giuridica soggettiva in capo all'istante né, co-rispettivamente, alla stazione appaltante.

S'iscrive nei mezzi volti a ridurre il contenzioso in materia di appalti, senza per questo prescrivere – in caso contrario verrebbe meno la ratio informante l'istituto – che l'eventuale reiezione dell'istanza debba essere autonomamente impugnata entro il termine decadenza, pena l'irricevibilità del ricorso diretto avverso gli atti della procedura concorsuale.

Aggiungasi che, per le medesime ragioni ossia quelle sottese ad un congegno deflattivo esercitabile in fase precontenziosa, dalla presentazione dell'istanza non è altresì affatto deducibile la sussistenza dei criteri che conformano in diritto processuale amministrativo le condizioni dell'azione d'impugnazione: primo fra

tutti l'interesse ad agire, canonizzato secondo la categoria concettuale della lesione attuale e concreta alla posizione giuridica soggettiva vantata dal destinatario dell'atto.

Sicché, in definitiva, sia dalla presentazione dell'istanza di autotutela che dall'omessa impugnazione del diniego opposto dalla stazione appaltante non sono desumibili elementi di fatto e di diritto per considerare irricevibile il gravame.

Alla medesima conclusione deve giungersi per quanto direttamente riguarda l'atto impugnato.

Il c.d. avviso di gara della procedura negoziale non prevedeva affatto alcuna comminatoria d'esclusione per l'omessa dichiarazione dei requisiti di cui trattasi.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato a mente del quale esiste una corrispondenza biunivoca fra cause espressamente previste d'esclusione e comminatoria di essa, che si dipana in duplice e concorrente direzione – l'esclusione è comminata solo se espressamente prevista nella *lex specialis*; le disposizioni che prevedono cause d'esclusione non sono suscettibili di disapplicazione da parte della stazione appaltante – trova nel caso in esame decisivo conforto sulla base d'ulteriori elementi di fatto.

La procedura negoziata che, fatti salvi i principi di *par condicio*, per sua natura è flessibile ed elastica, è stata preceduta dalla fase di prequalificazione che, in assenza di cause tassative d'esclusione, consente alle imprese d'integrare eventuali carenze riscontrate nella

domanda di partecipazione e, di converso, all'amministrazione appaltante di verificare, anche dopo l'esaurimento di detta fase, il possesso dei requisiti richiesti alle imprese offerenti (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008 n. 416; Tar Lazio, sez. III, 31 dicembre 2010 n. 39288).

Requisiti che, è bene sottolineare, riguardano: l'uno l'impegno futuro ad assumere dipendenti delle imprese precedentemente addette al settore, che, ontologicamente, non è propriamente ascrivibile fra i requisiti soggettivi (attualmente posseduti) dall'impresa; l'altro la consistenza strutturale della forza lavoro dell'impresa aspirante all'affidamento già palesata di fatto dalla ricorrente in ragione dell'esecuzione di precedenti appalti di importo maggiore di quello posto a base di gara per conto della stessa stazione appaltante.

Sicché l'omessa dichiarazione dei due (presunti) requisiti in discorso non si traduce di fatto nemmeno in alcuna violazione degli interessi c.d. sostanziali dell'amministrazione aggiudicatrice, alla cui sola presenza, alla stregua di un indirizzo giurisprudenziale minoritario, è subordinata l'esclusione dalla procedura di gara ancorché non espressamente prevista dalla *lex specialis* (cfr. Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004 n. 2321).

Conseguentemente deve qui trovare piena applicazione il criterio del *favor participationis* la cui efficacia assiologica, per le ragioni appena esposte, non deve nemmeno essere (contro-)bilanciata con il principio della *par condicio*, di cui è empirica espressione il rispetto del

rigore formale delle regole disciplinanti la partecipazione alla procedura concorrenziale.

Del resto, le clausole contenenti la richiesta delle dichiarazioni in esame, che per loro natura sono esorbitanti rispetto alla economia della contrattazione pubblica, non attingendo ad interessi pubblicistici che conformano *ab imis* l'evidenza pubblica, sono, complessivamente considerate, illegittime.

Tutelano interessi sociali che rivestono senz'altro rilievo pubblicistico ma che, in ragione della non stretta inerenza alla dinamica contrattuale, devono essere il portato, nel rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza, di fonti normative (arg. ex artt. 23 e 41 cost.) o di altre regolamentazioni ad esse assimilate (ad esempio, contratti collettivi di settore).

La richiesta di assunzione del personale di altre imprese addette al settore cumulata con la pretesa che un determinato numero del personale in organico dell'impresa sia assunto con contratto a tempo indeterminato configge con i richiamati principi; non trova presidio normativo; si pone oltretutto come una limitazione all'accesso delle imprese interessate (cfr., Cons. St., sez. V, 2 febbraio n. 426).

Conclusivamente il ricorso deve accolto.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite in ragione della controvertibilità tecnico-giuridica delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)