



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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2173 del 2009, proposto da:
Miam Snc di Miranda Salvatore Patrik, rappresentato e difeso dagli avv.ti Cristina Serafino e Ippolito Matrone, con domicilio eletto in Salerno, via Velia,15 c/o avv. D'Ambrosio;

contro

Comune di Pontecagnano Faiano in persona del Sindaco in carica *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto in Salerno, al
c.so Garibaldi, 103;

nei confronti di

Costruzioni Generali Calenda S.r.l., Costruzioni Vitale S.r.l., Gruppo Meola Srl.,
non costituiti in giudizio.

per l'annullamento

della determina prot.n.1170/09 del 6 ottobre 2009, relativa all'annullamento del
bando di gara n.37/08. una a tutti gli atti presupposti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pontecagnano Faiano in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 il dott. Giovanni Grasso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso notificato in data 7-9 dicembre 2009, la Miam s.n.c., come in atti rappresentata e difesa, impugnava gli esiti sfavorevoli della procedura evidenziale attivata, con propria determina n. 1187 del 6.10.2008, dal Comune di Pontecagnano Faiano per l'affidamento dei lavori di ricostruzione dell'edificio scolastico di Via Diaz.

A tal fine premetteva, in punto di fatto, che il relativo disciplinare di gara, nel regolare le modalità di svolgimento della procedura aveva, per quanto di interesse, previsto che, all'esito della verifica della correttezza formale delle offerte e della documentazione e del possesso dei requisiti generali dei concorrenti, la Commissione di gara avrebbe proceduto al sorteggio di un numero di concorrenti pari al dieci per cento del numero degli ammessi (lett. *e*), aperto le buste "A", relative all'offerta economica, presentate dai concorrenti non esclusi e, di risulta, aggiudicare provvisoriamente l'appalto (lett. *j*).

Inoltre, il disciplinare aveva previsto che la stazione appaltante, con riferimento ai medesimi concorrenti individuati con il cennato sorteggio indicato, all'aggiudicatario e al secondo in graduatoria (qualora non compresi fra i concorrenti sorteggiati) avrebbe proceduto al controllo della veridicità delle

dichiarazioni contenute nella busta B circa il possesso dei requisiti generali, in guisa che, a conclusione della verifica e, segnatamente, dopo la conferma del possesso dei requisiti generali da parte dei concorrenti sorteggiati e dei primi due graduati, si sarebbe proceduto alla approvazione, in via definitiva, della graduatoria.

Aperte le buste, la Commissione, previa determinazione della soglia di anomalia, aveva dichiarato la ricorrente aggiudicataria provvisoria, con un ribasso del 29,864%. Dopo di che, nella seduta del 20.04.2009, in esito alle prescritte verifiche relative al possesso dei requisiti generali delle imprese sorteggiate, aveva proceduto alla esclusione: *a*) della ditta CO.GE.DI S.r.l. (per omessa dichiarazione, nella domanda di partecipazione, delle posizioni INPS, INAIL e della regolarità contributiva); *b*) della ditta Tecno Impianti (per carenza del prescritto requisito di correntezza contributiva), di conserva, individuando, previa consequenziale rideterminazione della soglia di anomalia, la nuova aggiudicataria provvisoria.

A questo punto, la stessa ricorrente, già aggiudicataria provvisoria, si era indotta a chiedere, ai sensi dell'art. 6, 7° comma lett. m) del d. lgs. n. 163/06, parere all'Autorità per la Vigilanza sulla legittimità delle operazioni di gara.

Quest'ultima, con proprio parere n. 82 del 30.07.2009, si era espressa negli auspicati sensi che la riassunta previsione della *lex specialis*, nella parte in cui consentiva la verifica dei requisiti di ordine generale e delle dichiarazioni rese dei concorrenti *dopo* l'apertura delle offerte economiche (con consequenziale ed eventuale rideterminazione della soglia di anomalia, in caso di esclusione) fosse in contrasto con la normativa di settore, sul motivato assunto che il controllo sul possesso dei requisiti di carattere generale dovesse essere necessariamente prodromico alle successive fasi, finalizzate all'apertura delle buste contenenti le offerte tecnico-economiche e all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio.

Preso atto del tenore del parere, la stazione appaltante, con propria determina n. 210 del 5.10.2009, si induceva (sulla dichiarata premessa che la ritenuta non

conformità della *lex specialis* al paradigma normativo di riferimento prospettasse, in via derivata, attitudine invalidante su tutti gli atti della procedura, all'annullamento in autotutela del bando di gara e di tutte le operazioni svolte.

Avverso tale determinazione insorgeva, con l'epigrafato gravame, la ricorrente, lamentando l'illegittimità della radicale opzione demolitoria, sul ventilato presupposto – criticamente affidato a plurimi motivi di doglianza – che la riscontrata invalidità (riconnessa alla inversione del prescritto *ordo procedendi*) avrebbe dovuto travolgere esclusivamente gli atti successivi all'aggiudicazione provvisoria, lasciando per tal via inalterato l'affidamento dell'appalto in suo favore. Per l'effetto instava, in principalità, per l'annullamento degli atti impugnati e, in via subordinata, per il risarcimento dell'ingiusto danno subito.

A sostegno delle articolate censure, prospettava:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del d. lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 97 della Costituzione (sull'assunto che – ferma la ribadita illegittimità del verbale di gara de. 20 aprile 2009, nella parte in cui aveva proceduto alla rideterminazione della sogli di anomalia ed alla successiva aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata – tutti gli atti ad esso antecedenti avrebbero dovuto essere conservati, in quanto pienamente conformi, anche alla stregua del richiamato parere dell'Autorità, alla normativa di settore);

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* (*recte: novies*) della l. n. 241/1990 nonché degli artt. 1 e 3 della medesima legge, una ad eccesso di potere per errore sul presupposto (quanto alla ritenuta carenza dei requisiti – segnatamente inerenti il profilo motivazione – della denunciata autotutela demolitoria);

c) violazione, sotto vario profilo, dell'art. 21 *novies* citato, nonché dell'art. 97 della Costituzione (una ad eccesso di potere per violazione del legittimo affidamento e del principio di proporzionalità), quanto alla lamentata pretermissione, nella

prefigurazione degli esiti del procedimento di secondo grado, dei legittimi affidamenti vantati;

d) violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, quanto alla denunciata omissione della attivazione, asseritamente doverosa, del contraddittorio procedimentale;

e) violazione – in via gradata – degli artt. 1337 e 2043 c.c. (una ad eccesso di potere per violazione e falsa applicazione del principio di buona fede), avuto riguardo alle prospettate conseguenze risarcitori e a titolo di responsabilità precontrattuale, contrattuale e/o extracontrattuale.

2.- Esaminata e disattesa, in prime e in seconde cure, l'articolata istanza cautelare intesa alla sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, alla pubblica udienza del 27 gennaio 2011, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Il ricorso non è fondato e merita di essere respinto.

È, anzitutto, oggetto di controversia la portata (*radicalmente* ovvero solo *parzialmente*) invalidante della riscontrata inversione (accertata dalla stessa stazione appaltante in esito all'apposito parere reso, nei sensi di cui alla narrativa che precede, dalla autorità di settore) del corretto *ordo procedendi* della gara per cui è causa, quanto alla esatta tempistica del controllo dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06, l'intimata Amministrazione ritenendo, per parte sua, che la stessa vizi irrimediabilmente l'intera procedura di gara (essendosi, per un verso, irreversibilmente alterata la *par condicio* dei concorrenti ed essendo, per altro verso, la media precedentemente utilizzata viziata vuoi per omesso controllo preventivo dei requisiti generali vuoi, in ogni caso, per la partecipazione di imprese prive di tali requisiti), la ricorrente ritenendo, al contrario, che gli effetti del richiamato parere andassero limitati solo agli atti successivi alla aggiudicazione provvisoria, con

conseguente conservazione delle precedenti fasi procedurali e della aggiudicazione provvisoria.

2.- La tesi della ricorrente non può essere condivisa.

Importa, a tal fine, premettere che il legislatore, come ha esattamente riconosciuto l'autorità di vigilanza, ha formalmente tipizzato il procedimento di gara, distinguendo gradatamente : *a)* la fase di verifica del possesso dei requisiti di carattere generale dell'art. 38; *b)* la fase di controllo sul possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnico organizzativa prevista dal successivo art. 48; *c)* la fase di apertura delle buste, con conseguente definizione della media ed individuazione dell'aggiudicatario provvisorio.

Le tre riassunte fasi sono prefigurate nei sensi della rigorosa progressione, al preordinato fine di evitare che l'eventuale inversione dell'*ordo procedendi* (e, segnatamente, l'ipotetica apertura delle buste economiche *prima* della verifica dei requisiti soggettivi) possa alterare, anche solo potenzialmente, la *par condicio* tra i concorrenti, nonché la trasparenza e l'imparzialità della funzione amministrativa, ond'è che – in definitiva – la fase di verifica deve necessariamente precedere l'apertura delle buste e la conoscenza delle offerte economiche.

Ne discende che la pretermissione del ridetto controllo preventivo dei requisiti esclude, *in radice*, la possibilità di conservare i risultati della gara, la quale – a tacer del resto – si sarebbe svolta sulla base di una media erroneamente calcolata, senza cioè procedere alla (non meno *doverosa* che rigorosamente *preventiva*) espunzione i concorrenti in tesi sprovvisti dei requisiti generali di ammissione di cui all' art. 38.

In buona sostanza, il postumo accertamento della presenza di concorrenti illegittimamente ammessi finisce, in tesi generale, per rendere la prima graduatoria in ogni caso a sua volta illegittima, e con essa la correlata aggiudicazione provvisoria, che – quindi – non potrebbe essere, a dispetto dell'attoreo assunto, confermata in esito al (corretto) intervento in autotutela.

3.- Quanto agli ulteriori motivi di ricorso (con i quali, in buona sostanza, la ricorrente lamenta la violazione dei principi in tema di autotutela decisoria, con particolare riferimento ai sottesi obblighi motivazionali ed alle relative regole di partecipazione), è appena il caso di evidenziare:

a) che l'evidenziata necessità di elidere integralmente gli esiti di una procedura evidenziale svoltasi in riscontrata violazione delle regole di trasparenza e correttezza appare di per sé sufficiente a giustificare la contestata opzione demolitoria, e ciò tanto più che nessun definitivo affidamento la ricorrente poteva vantare prima della conclusione, con l'aggiudicazione definitiva, della procedura;

b) che, per tal via, non poteva configurarsi alcun obbligo di comparazione delle posizioni di contro interesse, in sé recessive rispetto all'interesse pubblico sotteso al ripristino della legalità procedimentale e alla corretta aggiudicazione del contratto;

c) che neppure risulta il contraddittorio procedimentale, in quanto l'annullamento della gara è intervenuto prima della conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione definitiva (non prefigurandosi, per tal via, un procedimento di secondo grado in senso tecnico, ma solo un atto c.d. di mero ritiro, per il quale non è, per comune intendimento, necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento: *ex permultis* T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 11 dicembre 2007, n. 16112);

d) che – a tutto tacere – il canone antiformalistico scolpito all'art. 21 *octies* della l. n. 241/90 comechessia militerebbe nei sensi della conservazione dell'impugnata determinazione, doverosamente intesa, nei chiariti sensi, al ripristino della legalità procedimentale.

4.- Avuto riguardo alle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere complessivamente respinto.

Neppure sussistono i presupposti per l'accoglimento della subordinata domanda risarcitoria, né sotto il profilo aquiliano (stante la ritenuta legittimità della contestata amministrativa), né sotto quello precontrattuale (non avendo l'intimata Amministrazione – correttamente e tempestivamente adeguatasi, quanto alla conduzione della procedura, ai rilievi della attivata Autorità di vigilanza – violato il canone generale della buona fede).

5.- Le particolarità della vicenda procedimentale inducono il Collegio, ricorrendone giustificati motivi, a disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2011

IL SEGRETARIO

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