

Qualora si dovessero presentare differenze, nella richiesta dei requisiti per partecipare ad una gara, tra il bando cartaceo e quello pubblicato in Internet, poiché una tale discrasia presenta un effetto potenzialmente dissuasivo e, ancor più, delinea un quadro di opacità sulle regole procedurali, bisogna interpretare la *lex specialis* di gara nel senso della necessità del possesso del requisito dell'idoneità tecnica ai fini della stipula piuttosto che della partecipazione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1949 del 3 maggio 2007 si occupa di una particolare fattispecie nella quale sono emerse differenze tra un bando cartaceo con quello informatico: tali difformità si concretizzavano nella presenza, nella versione web, del bando di requisiti ulteriori non riportati nella versione cartacea

< occorre allora prendere le mosse dal rilievo concernente le difformità tra il bando pubblicato sulla G.U.C.E. e quello apparso sul sito web dell'Amministrazione, concretizzatesi nella previsione, in seno alla sola versione web, di taluni requisiti a pena di esclusione.

Ebbene la circostanza, sottolineata nella sentenza appellata, della prevalenza del bando soggetto alla pubblicazione sulla G.U.C.E. non toglie che la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, possa avere indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito.

Nella specie non viene infatti in rilievo la questione della prevalenza dell'una o dell'altra versione ai fini della regolazione della gara ma la ben diversa tematica dell'effetto dissuasivo che, proprio nell'assunto della priorità della versione soggetta alla pubblicazione cartacea, può avere sortito la conoscenza di una versione informatica caratterizzata da un tenore più restrittivo nella misura in cui pretendeva il possesso, a pena di esclusione, di requisiti di ordine generale, economico finanziario e tecnico, che il bando ufficiale non pretendeva in via espressa dovessero essere posseduti ai fini della partecipazione.>

Nella particolare fattispecie quindi:

< Ben si comprende allora l'interesse della stazione appaltante ad eliminare la discrasia in esame, potenzialmente dissuasiva a discapito delle imprese non in grado di presentare la documentazione nei termini più rigorosi stabiliti nella versione web della *lex specialis*, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare una più ampia partecipazione.>

il Supremo giudice amministrativo da quindi ragione all'amministrazione in quanto tutta la documentazione di gara doveva considerarsi illegittima anche per la circostanza che una sola impresa abbia superato la fase di prequalifica:

< La circostanza che una sola impresa sia stata ammessa a presentare l'offerta, se da un lato costituisce la possibile concretizzazione del rischio dissuasivo insito nella difformità delle due versioni del bando di cui si è detto sopra, dall'altro mette in luce un'autonoma frustrazione dell'interesse della stazione appaltante ad avere di fronte una pluralità di offerte idonee, in una logica concorrenziale, ad assicurare più efficienti condizioni per l'espletamento del servizio.

Si deve soggiungere che se la legge speciale prevedeva la facoltà di non aggiudicare la gara in caso di presentazione di una sola offerta valida a maggior ragione si spiega la scelta della amministrazione di non procedere all'aggiudicazione in una situazione nella quale la concorrenza era stata strangolata ancora più a monte dalla prequalificazione di una sola impresa e dalla conseguente consapevolezza, da parte della stessa, della possibilità di calibrare un'offerta non sottoposta ad alcuna comparazione.

Non appare a questo punto decisiva la circostanza che la stazione appaltante non abbia proceduto ad una valutazione nel merito della convenienza dell'offerta se si considera, per un verso, che sarebbe rimasto insoluto il ragionevole dubbio dell'effetto pro-competitivo della partecipazione di una pluralità di candidati; e che, in ogni caso, nella specie, l'assenza di una concorrenza effettiva non è stata l'unica ragione dell'autotutela ma si è accompagnata ai vizi di legittimità dati dalla richiamata difformità delle due versioni del bando e dalla violazione del principio di pubblicità e trasparenza insita nell'avvenuta apertura della busta contenente la documentazione amministrativa in presenza del solo soggetto direttamente interessato.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
N.1949/2007

Reg.Dec.

N. 6717 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 61/2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6717/2006, proposto da ENAV S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Domenico Galli e Mario Sanino con domicilio eletto in Roma via del Consolato n. 6, presso l'Avv. Domenico Galli;

contro

** - ISTITUTI DI ** D'ITALIA S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Nicolò de Marco con domicilio eletto in Roma via Cassiodoro n.1/A, presso l'Avv. Sandro de Marco, -appellante incidentale-;

e nei confronti di

** BRINDISI S.R.L. IN PR. E Q.LE CAP. R.T.I. e R.T.I. ** BRINDISI S.R.L., non costituitesi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia sede di Bari Sez. I n. 2252/2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2007 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi gli avv.ti Sanino e de Marco;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1 La vicenda per cui è processo può essere così ricostruita.

In data 9.11.2004, l'ENAV S.p.a. bandiva 11 gare a procedura ristretta, ai sensi del D. Lgs. nr. 158/95, per servizi di vigilanza da eseguirsi presso siti diversi dalla provincia di Roma.

-Istituti Riuniti d'Italia s.p.a. - partecipava alla gara relativa al sito di AAC Brindisi – aeroporto Brindisi Casale - con relativo servizio di teleallarme per la postazione TBT Brancasi, per tre anni. In data 15.2.2005 si celebrava la fase di prequalifica, alla quale partecipava anche la ** S.r.l., detentrica del servizio in regime di prorogatio. All'esito della verifica, l'* risultava ammessa, mentre la ** risultava esclusa per la mancanza della certificazione ENAC APT14 del personale (corso sicurezza aeroporti).

In data 8.8.2005, l'ENAV invitava l'*** a presentare l'offerta.

In data 14.12.2005 l'Istituto riceveva notifica della nota GEC-ICT\RB\237606, con cui si comunicava l'avvio del procedimento di annullamento dell'intera gara.

Con raccomandata A.R. del 10.1.2006, nell'interesse della ricorrente venivano formulate all'Amministrazione osservazioni e deduzioni ai sensi dell'art. 10, lettera b), L. nr. 241/90, con diffida ad annullare la gara ed invito ad esaminare l'offerta presentata ed a procedere all'aggiudicazione;

Tuttavia, in data 27.1.2006, l'*** riceveva invito a partecipare a nuova procedura negoziata plurima in via d'urgenza, per lo stesso sito e per la durata di un anno.

Detta seconda procedura si chiudeva con l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. **_**.

Solo in data 23.3.2006 la ricorrente riceveva copia di un provvedimento del 20.3.2006, con il quale l'ENAV aveva provveduto ad annullare l'intera precedente gara del 2004.

2. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dall'*** avverso l'annullamento della prima gara, reputando assorbite le censure relative alla procedura negoziata.

L'ENAV propone appello principale. L'*** ripropone, con appello incidentale, le censure assorbite in primo grado.

Si è costituito in giudizio, ad adiuvandum rispetto all'appellante principale, Securpol s.r.l., in proprio e quale capogruppo del raggruppamento che ha partecipato alle procedure di che trattasi.

All'udienza del 6 febbraio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. L'appello principale è fondato

3.1. - Il Tribunale ha accolto il ricorso di prime cure reputandolo fondato sotto l'assorbente profilo del difetto di motivazione e della violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, nr. 241, con specifico riguardo al provvedimento di annullamento dell'originaria gara svoltasi nel 2004. Il Collegio di prima istanza ha osservato che detto provvedimento non solo non chiarisce quale sia l'interesse pubblico attuale alla rimozione degli atti della gara già espletata, ma non è neanche convincente, nell'individuare i profili di illegittimità posti a base dell'intervento in autotutela.

Ha osservato in particolare che:

“ per quanto concerne la circostanza che un solo concorrente (l'odierna ricorrente) aveva superato la fase di prequalifica, se il fatto che tale evenienza fosse espressamente prevista nel bando di gara non può valere di per sé ad escludere il potere della stazione appaltante di procedere a nuova valutazione dell'interesse pubblico all'aggiudicazione, tenuto conto dell'opportunità e convenienza dell'offerta, e quindi non può comportare un inderogabile obbligo di procedere all'affidamento del servizio, tuttavia nel caso di specie l'intervento in autotutela non risulta fondato su un tale ordine di considerazioni, ma bensì su ulteriori profili di illegittimità di ordine formale che non reggono ad una verifica di congruenza e ragionevolezza;

quanto infatti alle affermate difformità tra il bando pubblicato sulla G.U.C.E. e quello apparso sul sito web dell'Amministrazione, anche a voler prescindere dalla genericità del rilievo sul punto contenuto nel provvedimento impugnato ed a voler tener conto della “eterointegrazione” di esso operata ex post dalla difesa di parte resistente, appare evidente che tali difformità si concretizzavano nella presenza, nella versione web, del bando di requisiti ulteriori non riportati nella versione cartacea: ciò che, essendo pacifico che era quest'ultima l'unica versione a far fede per i concorrenti, avrebbe dovuto incoraggiare una più ampia partecipazione alla gara, piuttosto che avere effetti dissuasivi come paventato dall'Amministrazione;

appare scarsamente comprensibile il rilievo circa il carattere anticoncorrenziale della previsione di requisiti a pena di esclusione, atteso che per un verso non è in alcun modo precisato a quali requisiti ci si riferisca, e sotto altro profilo non può apoditticamente affermarsi che il semplice fatto che taluni requisiti siano richiesti a pena di esclusione – all'infuori dell'ipotesi in cui questi siano palesemente irragionevoli o sproporzionati – comporti illegittimità della lex specialis di gara per violazione dei principi di concorrenza e della più ampia partecipazione alla gara stessa;

- infine, l'ipotizzata violazione del principio di pubblicità delle gare non può di per sé essere posta a base di un intervento in autotutela posto in essere senza che alcuna contestazione al riguardo fosse

stato mosso da chicchessia e dopo il vano decorso di tutti i termini per eventuali impugnazioni, concretizzandosi pertanto in un mero ripristino della legalità violata”.

3.2. Le censure spiegate dall'appellante principale avverso la parabola motivazionale calibrata dal giudice di prime cure colgono nel segno.

Il Collegio osserva, in prima battuta, che il Tribunale ha proceduto alla confutazione della pregnanza dei singoli motivi di annullamento senza darsi carico della invero necessaria considerazione complessiva dei profili motivazionali sviluppati dall'amministrazione.

In questa logica sintetica occorre allora prendere le mosse dal rilievo concernente le difformità tra il bando pubblicato sulla G.U.C.E. e quello apparso sul sito web dell'Amministrazione, concretizzatesi nella previsione, in seno alla sola versione web, di taluni requisiti a pena di esclusione. Ebbene la circostanza, sottolineata nella sentenza appellata, della prevalenza del bando soggetto alla pubblicazione sulla G.U.C.E. non toglie che la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, possa avere indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito. Nella specie non viene infatti in rilievo la questione della prevalenza dell'una o dell'altra versione ai fini della regolazione della gara ma la ben diversa tematica dell'effetto dissuasivo che, proprio nell'assunto della priorità della versione soggetta alla pubblicazione cartacea, può avere sortito la conoscenza di una versione informatica caratterizzata da un tenore più restrittivo nella misura in cui pretendeva il possesso, a pena di esclusione, di requisiti di ordine generale, economico finanziario e tecnico, che il bando ufficiale non pretendeva in via espressa dovessero essere posseduti ai fini della partecipazione. Tale discrasia presenta un effetto potenzialmente dissuasivo e, ancor più, delinea un quadro di opacità sulle regole procedurali che, con riguardo a gare analoghe, ha indotto la giurisprudenza di primo grado ad interpretare il bando nel senso della necessità del possesso del requisito dell'idoneità tecnica ai fini della stipula piuttosto che della partecipazione.

Ben si comprende allora l'interesse della stazione appaltante ad eliminare la discrasia in esame, potenzialmente dissuasiva a discapito delle imprese non in grado di presentare la documentazione nei termini più rigorosi stabiliti nella versione web della *lex specialis*, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare una più ampia partecipazione.

Tale profilo di illegittimità si salda logicamente con il rilievo del superamento della fase di prequalifica da parte di un solo soggetto, ossia l'*** s.p.a.

La circostanza che una sola impresa sia stata ammessa a presentare l'offerta, se da un lato costituisce la possibile concretizzazione del rischio dissuasivo insito nella difformità delle due versioni del bando di cui si è detto sopra, dall'altro mette in luce un'autonoma frustrazione dell'interesse della stazione appaltante ad avere di fronte una pluralità di offerte idonee, in una logica concorrenziale, ad assicurare più efficienti condizioni per l'espletamento del servizio. Si deve aggiungere che se la legge speciale prevedeva la facoltà di non aggiudicare la gara in caso di presentazione di una sola offerta valida a maggior ragione si spiega la scelta della amministrazione di non procedere all'aggiudicazione in una situazione nella quale la concorrenza era stata strangolata ancora più a monte dalla prequalificazione di una sola impresa e dalla conseguente consapevolezza, da parte della stessa, della possibilità di calibrare un'offerta non sottoposta ad alcuna comparazione.

Non appare a questo punto decisiva la circostanza che la stazione appaltante non abbia proceduto ad una valutazione nel merito della convenienza dell'offerta se si considera, per un verso, che sarebbe rimasto insoluto il ragionevole dubbio dell'effetto pro-competitivo della partecipazione di una pluralità di candidati; e che, in ogni caso, nella specie, l'assenza di una concorrenza effettiva non è stata l'unica ragione dell'autotutela ma si è accompagnata ai vizi di legittimità dati dalla richiamata difformità delle due versioni del bando e dalla violazione del principio di pubblicità e trasparenza insita nell'avvenuta apertura della busta contenente la documentazione amministrativa in presenza del solo soggetto direttamente interessato.

La violazione di detto ultimo principio integra poi, per pacifica giurisprudenza, vizio procedurale sotto il profilo della vulnerazione dei canoni di trasparenza ed imparzialità, senza che assuma

rilievo il mancato riscontro di ricadute concrete sullo svolgimento della procedura ovvero l'assenza di specifiche contestazioni da parte dei soggetti che hanno preso parte alla procedura.

La considerazione complessiva dei profili posti a fondamento dell'atto di annullamento rende in definitiva ragione della ricorrenza dei presupposti dati dai vizi di legittimità e dall'interesse pubblico. Sotto questo secondo aspetto si deve rilevare che l'assenza di una pluralità di candidati mette in luce un chiaro interesse pubblico allo svolgimento di una procedura, emendata dalle pecche riscontrate, capace di assicurare l'acquisizione di più favorevoli condizioni per la gestione del servizio. Detto interesse risulta poizore rispetto all'affidamento dell'unico soggetto prequalificatosi, specie se si considera che la mancata definizione della procedura escludeva il consolidarsi di una situazione di vantaggio idoneo a vincolare in modo più stringente, alla luce dell'art. 21 nonies, della legge n. 241/1990, e dei principi comunitari che sono alla base della prescrizione nazionale, l'esercizio del potere di ritiro.

4. Si può ora passare all'esame dell'appello incidentale autonomo con il quale l'*** contesta l'esclusione dalla procedura negoziata plurima indetta in via d'urgenza, per lo stesso sito, per la durata di un anno.

E' fondato ed assorbente il motivo di ricorso con il quale si contesta l'esclusione decretata ai suoi danni per non avere indicato, oltre all'importo complessivo offerto, anche l'importo ora/vigile.

Occorre in prima battuta osservare che la *lex specialis* (punto 7, offerta parte B, Offerta economica) richiedeva la sola indicazione dell'importo complessivo offerto, senza contenere alcuna richiesta in ordine al parametro vigile/ora.

Quanto poi al tenore dello schema allegato alla lettera d'invito ed allo schema della lettera d'ordine, si deve reputare illegittima, in assenza di una espressa comminatoria, l'esclusione decretata in relazione all'omissione di un dato agevolmente ricavabile in base agli elementi a disposizione pur se non dichiarato in forma sacramentale. Si deve, infatti, rilevare per un verso, che detto elemento era integrato per relationem con il rinvio al massimo ribasso consentito dalla locale prefettura; e che, in ogni caso, trattandosi di una gara al massimo ribasso relativo ad un servizio offerto da due guardie giurate per 24 ore su 24, il dato era acquisibile, sulla base di un semplice e non contestato calcolo matematico, dividendo l'importo complessivo per le ore complessive, che rende il risultato di euro 18,395. Soccorre allora, in mancanza di una clausola più rigorosa della *lex specialis*, il quieto orientamento giurisprudenziale che, in omaggio al valore del favor participationis, considera illegittima l'esclusione in caso di offerta facilmente determinabile in base ad un mero calcolo matematico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3259; 17 marzo 2003, n. 2063), che esclude ogni incisione della regola della par condicio; e tanto in particolare nel caso di specie, ove il costo orario non era menzionato come componente essenziale dell'offerta economica nella *lex specialis*.

4.1. Va accolta anche la domanda risarcitoria proposta dall'appellante incidentale.

Quanto all'elemento soggettivo l'agevole ricavabilità del dato in questione rende non scusabile l'errore compiuto dall'amministrazione in base all'univoco orientamento giurisprudenziale che reputa illegittime le esclusioni disposte per omissioni meramente formali che non incidono sulla completezza sostanziale dell'offerta.

E' poi pacifico che detta esclusione ha impedito l'aggiudicazione, in una gara basata sul mero dato economico, che avrebbe dovuto essere disposta a favore del soggetto che ha incontestabilmente presentato l'offerta economicamente più conveniente. Detto danno, pari all'utile d'impresa, può essere equitativamente stimato, anche alla luce dei referenti normativi dettati in materia di lavori pubblici(v, da ultimo, artt. 134 e 158 del codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006) nella misura del 10% dell'importo offerto in ragione del periodo iniziale e delle successive proroghe dell'affidamento. Sull'importo così liquidato competono gli interessi legali dalla pubblicazione della presente decisione fino al soddisfo.

Il dispositivo già pubblicato di accoglimento dell'appello incidentale va inteso come riferito anche alla domanda risarcitoria proposta nello stesso gravame incidentale autonomo.

5. In definitiva meritano accoglimento l'appello principale e quello incidentale nei sensi fin qui precisati.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello principale e l'appello incidentale nei sensi in motivazione specificati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 6 febbraio 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta	Presidente
Sabino Luce	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere Est.

Presidente

GAETANO TROTTA

Consigliere

FRANCESCO CARINGELLA

Segretario

MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...03/05/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria