

N. 01099/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01053/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1053 del 2012, proposto da:
I.Ge. Impianti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Bianchi, con domicilio eletto presso
Emanuela Rizzi in Venezia, Santa Croce, 312/A;

contro

Azienda Ulss N. 16 Padova, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Bianchini, con domicilio eletto
presso il medesimo in Venezia, Piazzale Roma, 464;

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale n. 403 del 23.5.2012 ad oggetto l'annullamento della
deliberazione n. 783/2011 di aggiudicazione dell'appalto per i lavori per la nuova cabina elettrica di
trasformazione MT/BT quadri di edificio e reti dorsali di distribuzione presso il Complesso Socio
Sanitario dei Colli Padova alla ricorrente;

della comunicazione del 6.4.2012 n. 0025629 con cui la Stazione appaltante informava la ricorrente
dell'avvio del procedimento di revoca della deliberazione di aggiudicazione n. 783/2011;

della comunicazione del 29.5.2012 n. 0039070 inviata alla ricorrente in esito alle osservazioni
conseguenti all'avviso avvio procedimento;

della comunicazione del 12.6.2012 n. 0042893 inviata alla ricorrente con diniego alle istanze
presentate;

nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 16 Padova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2014 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente I.GE. Impianti srl esponeva:

-che con deliberazione n. 208/2011, l'Azienda U.L.S.S. n. 16 di Padova indiceva una gara d'appalto per la realizzazione della nuova cabina elettrica di trasformazione MT/BT, quadri di edificio e reti dorsali di distribuzione presso il Complesso socio sanitario dei Colli di Padova, con importo a base di gara di euro 2.585.741,11, di cui euro 97.624,69 per oneri per la sicurezza e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ex art. 82 D.Lgs. 163/2006, mediante offerta a prezzi unitari;

-che con nota del 19.9.2011, la Stazione Appaltante comunicava ad essa ricorrente l'aggiudicazione provvisoria della gara, giusta deliberazione n. 783/2011 del Direttore Generale, chiedendo al contempo la produzione della documentazione necessaria per la stipula del contratto;

-che l'aggiudicazione era avvenuta indicando il ribasso percentuale del 53% sulla base d'asta, con un'offerta di euro 1.267.039,41 di cui euro 1.169.141,72 per lavori a corpo e a misura ed euro 97.624,69 per oneri di sicurezza e che il suddetto ribasso era attestato nella dichiarazione sull'offerta economica del 5.5.2011 sottoscritta dalla ricorrente nonché nell'ultima pagina della "liste della categorie e dei lavori e delle forniture" predisposta dalla Stazione Appaltante e compilata dalla ricorrente;

- che in data 18.11.2011 era stipulato il contratto di appalto rep. n. 1263 relativo alla realizzazione dei suddetti lavori e che, con nota del 18.1.2012, la Stazione Appaltante autorizzava la Direzione Lavori a procedere alla consegna dei lavori, con nomina del Coordinatore per la sicurezza, il quale era invitato ad esaminare il piano operativo di sicurezza consegnato dall'impresa ricorrente;

-che in conseguenza di tale richiesta, si tenevano varie riunioni in ordine alla modalità di consegna dei lavori e venivano discusse problematiche tecniche già sollevate dalla ricorrente in sede di offerta in relazione ad opere edili a misura che non potevano essere eseguite se non con pregiudizio dell'opera;

-che in data 4.4.2012 la ricorrente comunicava alla Stazione Appaltante che avrebbe proceduto "al posizionamento dell'area di cantiere e della baracca al fine di poter stoccare i materiali già acquistati per questa commessa" ma che la Stazione Appaltante, con comunicazione del 5.4.2012, precisava che i lavori non erano ancora stati consegnati e che, quindi, l'impresa non era autorizzata a svolgere dette operazioni;

-che la Stazione Appaltante, con comunicazione del 6.4.2012, comunicava l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca della deliberazione di aggiudicazione definitiva n. 783/2011, precisando che la lista delle lavorazioni e forniture, rimessa dall'Impresa in sede di offerta, era stata modificata per alcune lavorazioni a misura, manifestamente ridotte rispetto alle quantità di progetto, in violazione del disciplinare di gara e dell'art. 90 del d.P.R. n. 554/99 e che, di conseguenza, l'offerta presentata non rappresentava il prezzo più basso;

-che in data 18.4.2012, la ricorrente trasmetteva le proprie controdeduzioni, sostenendo l'insussistenza degli estremi legittimanti la revoca del provvedimento;

-che con nota del 29.5.2012, la Stazione Appaltante comunicava la propria intenzione di avvalersi del recesso del contratto di appalto stipulato in data 18.11.2011, avvertendo, altresì, di aver proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto con deliberazione del Direttore Generale n. 403 del 23.5.2012;

-che con nota del 7.6.2012, la ricorrente, preso atto dell'esercizio del diritto potestativo di recesso, richiedeva il pagamento di quanto ad essa spettante ai sensi dell'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006, ma la Stazione Appaltante, con nota del 12.6.2012, riteneva di non accogliere la richiesta di indennizzo, in quanto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dei lavori era dovuto alla mancanza dei presupposti di legge.

Tanto premesso, la ricorrente, impugnando gli atti in epigrafe meglio specificati, si affidava ai seguenti motivi di ricorso: “- *Violazione e comunque falsa applicazione della legge 241/1990 artt. 7 e 8. Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità del provvedimento impugnato rispetto all'avviso di avvio del procedimento. Violazione delle norme in tema di diritto di difesa e partecipazione al procedimento e violazione del principio del giusto procedimento - Violazione o comunque falsa applicazione del D.Lgs. 163/2006, art. 11, comma 9. Violazione dei principi in materia di autotutela nell'ambito delle gare di appalto disciplinate dal codice degli appalti. Violazione del principio di affidamento e del principio di buona fede, nonché di certezza dei rapporti giuridici. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Violazione del principio del giusto procedimento - Violazione e/o falsa applicazione e/o errata interpretazione dell'art. 90, comma 5 d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (ora art. 119, comma 5, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Omessa applicazione dell'art. 90, comma 7, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (ora art. 119, comma 7, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) - Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, eccesso di potere per sviamento. Errata interpretazione della disposizione contenuta nella lettera B), plico n. 2 – offerta economica del disciplinare di gara”.*

La ricorrente formulava, altresì, domanda di risarcimento del danno.

Resisteva in giudizio l'Azienda U.L.S.S. n. 16 di Padova, la quale, contestando puntualmente gli argomenti avversari, chiedeva il rigetto del ricorso per infondatezza.

In vista dell'udienza di merito, parte ricorrente depositava memoria difensiva con la quale ulteriormente precisava le proprie argomentazioni.

Alla Pubblica Udienza del 12 giugno 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

In sintesi, con il primo motivo, parte ricorrente ha rilevato che con la deliberazione impugnata era disposto l'annullamento in autotutela ex art. 21 octies e nonies della legge 241/90 della

deliberazione n. 783/2011 di aggiudicazione dei lavori in discussione, mentre, in precedenza, nella comunicazione di avvio del procedimento, la Stazione Appaltante aveva comunicato l'avvio del procedimento di "revoca" della suddetta deliberazione n. 783/2011, con evidente illegittimità dell'azione dell'Amministrazione, attesa la totale diversità dei presupposti richiesti per l'applicazione dei due istituti; inoltre, la motivazione del provvedimento era da considerarsi contraddittoria, atteso che l'Amministrazione aveva comunicato il recesso dal contratto, recesso incompatibile con l'annullamento dell'aggiudicazione.

La censura non è condivisibile.

E' noto che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ex artt. 7 e ss., legge 7 agosto 1990 n. 241 è strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva e, quindi, di partecipazione all'azione amministrativa da parte del cittadino nella cui sfera giuridica l'atto amministrativo è destinato ad incidere, in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento, completando con il proprio apporto l'istruttoria amministrativa. Pertanto, il principio di democraticità del procedimento amministrativo, cui sono preordinate le ricordate disposizioni normative, ed il conseguente rispetto delle garanzie partecipative devono essere assicurati nella sostanza e non già nella mera forma, con la conseguenza che ogni qualvolta l'interessato sia stato informato dell'esistenza di un procedimento diretto ad incidere sulla propria sfera giuridica e sia stato messo in condizione di utilmente rappresentare le proprie osservazioni e deduzioni, che integrano la partecipazione procedimentale, non può ritenersi violato alcun canone del giusto procedimento (per tutte *Consiglio di Stato*, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4764). Nel caso in esame, dalla comunicazione di avvio del procedimento del 6.4.2012, al di là del "nomen iuris" utilizzato, risultano evidenziate in modo chiaro ed esplicito le ragioni sottese al procedimento di ritiro che l'Amministrazione intendeva attivare e sulle quali, successivamente, il provvedimento impugnato è stato fondato: invero, in detta comunicazione è specificato che "....la Stazione Appaltante non ha provveduto alla consegna dei lavori perché è stato riscontrato che la lista delle lavorazioni e forniture rimessa dall'impresa in sede di offerta, unitamente ai documenti di gara, era stata modificata per alcune lavorazioni a misura, che sono state manifestamente ridotte rispetto alle quantità di progetto, in violazione del disciplinare di gara plico n. 2-offerta economica e dell'art. 90 del D.P.R. 554/99 (che al) comma 5 e che, conseguentemente l'offerta presentata non rappresenterebbe più il prezzo più basso.". Ebbene, con l'indicazione delle ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad attivare il procedimento di secondo grado, parte ricorrente non solo è stata informata dell'esistenza del suddetto procedimento, ma, soprattutto, è stata messa nelle condizioni di attivamente partecipare al procedimento medesimo ed ivi rappresentare le proprie osservazioni e deduzioni, realizzando pienamente le finalità perseguite dal legislatore con le ricordate norme sul procedimento amministrativo. Parimenti, non è condivisibile l'affermazione in ordine alla impossibilità di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione in presenza del recesso dal contratto: invero, premesso che l'annullamento dell'aggiudicazione è stato disposto con deliberazione n. 403 del 23.5.2012 e l'intenzione dell'Amministrazione di avvalersi del recesso è stata comunicata con nota prot. n. 39070 del 29.5.2012, quindi in un momento successivo, si rileva che la giurisprudenza ha ribadito, in tema di annullamento dell'aggiudicazione, che "...in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti" (*Consiglio di Stato*, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; *id.* Sez. V, 14 gennaio 2011, n. 11; *id.*, 20 ottobre 2010, n. 7578). Pertanto, tra i due atti -aggiudicazione e contratto- sussiste un collegamento che ne determina la sorte comune, qualunque sia la sede dell'annullamento, illegittimità dichiarata dal giudice a seguito di ricorso, ovvero illegittimità o inopportunità conseguente all'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione (*Consiglio di Stato*, Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032). E' stato, quindi

rilevato che “La permanenza del vincolo contrattuale trova, quindi, la sua necessaria presupposizione nella corretta osservanza delle regole dell’evidenza pubblica, poste a presidio sia degli interessi di rilievo pubblico inerenti alla corretta gestione delle risorse economiche di cui l’ente dispone, sia delle imprese operanti nel segmento di mercato, che non devono subire pregiudizio o discriminazione quanto alla possibilità di accedere ai pubblici appalti” (*TAR Puglia, Bari, Sez. I, 9 ottobre 2013, n. 1378*). Con gli artt. 121 e 122 del C.P.A., è stato attribuito al giudice amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell’aggiudicazione di una gara, il potere di decidere discrezionalmente se mantenere o meno l’efficacia del contratto *medio tempore* stipulato. Tale previsione si pone come innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all’annullamento dell’aggiudicazione (*Consiglio di Stato, Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638*). La caducazione del contratto stipulato a seguito dell’aggiudicazione poi annullata costituisce, quindi, in via generale, la conseguenza necessitata dell’annullamento: di tale conseguenza l’art. 122 del Codice del processo amministrativo costituisce una deroga, imperniata sulle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività (in tal senso *TAR Puglia, Bari cit.*).

Le censure formulate in ricorso, pertanto, non sono fondate.

Con il secondo motivo, parte ricorrente ha denunciato l’illegittimità della decisione di annullare la deliberazione di aggiudicazione in quanto idonea a pregiudicare ingiustamente ed illogicamente l’affidamento ingenerato a favore della ricorrente medesima, anche considerando che il contratto d’appalto era già stato stipulato con la conseguenza che, in mancanza di espressa previsione di legge, l’annullamento dell’aggiudicazione non sarebbe stato più possibile.

La censura non ha pregio.

E’ stato più volte chiarito che, in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica, l’intervenuta aggiudicazione definitiva e la conseguente stipulazione del contratto non costituiscono ostacolo insormontabile al potere di annullamento dei medesimi da parte dell’Amministrazione in presenza di un preciso e concreto interesse pubblico, della ponderazione degli interessi in conflitto e di tutte le garanzie procedurali spettanti all’interessato (per tutte *Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4999*); una volta accertata la sussistenza delle garanzie procedurali, è evidente, dunque, che la verifica in ordine alla legittimità dell’autotutela esercitata dall’Amministrazione si sposta sull’esame delle ragioni poste a fondamento del provvedimento di ritiro.

Il vizio dedotto, pertanto, è insussistente.

Il terzo e quarto motivo di ricorso possono essere trattati unitamente, essendo connessi sotto il profilo logico-giuridico.

Con il terzo motivo, parte ricorrente ha denunciato la violazione dell’art. 90 del d.P.R. n. 554/1999 –applicabile al caso in esame *ratione temporis* – in quanto l’Amministrazione aveva contrassegnato ed autenticato in ciascun foglio la lista delle categorie dei lavori e delle forniture e le modifiche apportate alle opere previste “a misura” non avrebbero potuto essere considerate presupposto valido per l’annullamento dell’aggiudicazione, in quanto l’Amministrazione avrebbe dovuto considerare l’offerta formulata dalla ricorrente in base alla sola percentuale di ribasso offerto, nella misura del 53% sulla base d’asta, unico elemento vincolante per l’Amministrazione stessa ex art. 90, comma 7, del citato d.P.R. n. 554; con il quarto motivo di ricorso, si è denunciato il difetto istruttorio e il difetto motivazionale del provvedimento impugnato, atteso che il disciplinare di gara non conteneva particolari prescrizioni dirette ad imporre l’esclusione delle offerte manchevoli sotto il profilo censurato dalla Stazione Appaltante; inoltre, la stessa Stazione Appaltante aveva inserito apposta

colonna nella Lista delle categorie relativa alla voce “quantità modificate”, concretizzando, quindi, quell’ulteriore affidamento da parte della ricorrente la cui violazione è sanzionata per legge.

I vizi denunciati non sono sussistenti.

Giova ricordare che il provvedimento dell’Azienda resistente n. 403 del 23.5.2012, con il quale è stato disposto l’annullamento della deliberazione n. 783/2011 di aggiudicazione dell’appalto in questione, trova il proprio fondamento, essenzialmente, sulla modifica, in riduzione, di alcune voci “a misura” della lista delle categorie dei lavori e delle forniture, compilata dalla società ricorrente e presentata in sede di offerta; invero, l’Amministrazione, nel suddetto provvedimento, dopo aver premesso che il contratto era stato sottoscritto in data 18.11.2011, ha precisato che non si era provveduto alla consegna dei lavori in quanto si era riscontrato che *“la lista delle lavorazioni e forniture rimessa dall’impresa in sede di offerta era stata modificata per alcune lavorazioni a misura, che sono state manifestamente ridotte rispetto alle quantità di progetto, in violazione del disciplinare di gara plico n. 2 – offerta economica e dell’art. 90 del D.P.R. 554/99...”* ed ancora *“a giudizio del proponente l’art. 90, c. 5 del D.P.R. 554/99, consente l’integrazione o riduzione delle quantità di progetto per le sole lavorazioni a corpo e non anche per quelle a misura, come invece sostenuto dall’impresa. Nella specie l’impresa aggiudicataria, riducendo in sede di offerta le quantità di lavorazioni a misura di progetto, ha alterato le condizioni di gara, in quanto ha offerto il prezzo complessivo più basso rappresentato dalla somma dei prodotti derivanti da quantità inferiori per i prezzi unitari offerti, ponendosi in posizione di disparità con gli altri concorrenti; rilevando, oltremodo, che ferma la bontà della quantità delle lavorazioni indicate in sede di gara a misura, non si perverrebbe in tal modo alla migliore offerta selezionata con il prezzo più basso;”*; infine, è stato precisato che l’offerta presentata dalla ditta ricorrente *“è contraria alle ragioni di interesse pubblico che impone la rigorosa tutela dell’offerta migliore per il risparmio della spesa pubblica”*.

Ebbene, correttamente –e contrariamente a quanto affermato in ricorso - l’Amministrazione resistente ha evidenziato che la riduzione, operata dall’impresa ricorrente in sede di compilazione e presentazione della propria offerta, delle quantità relative ad alcune voci “a misura” della lista delle categorie dei lavori e delle forniture, ha determinato una alterazione delle condizioni di gara e, quindi, della par condicio dei concorrenti, atteso che il prezzo complessivo finale migliore è stato raggiunto in base alla somma dei prodotti ottenuti moltiplicando i prezzi unitari offerti per quantità di lavorazioni inferiori rispetto a quelle indicate in progetto. Tale conclusione, evidenziata nel provvedimento di annullamento impugnato, costituisce un elemento determinante nella vicenda per cui è causa e non è stata sostanzialmente contestata dalla società ricorrente, la quale si è limitata ad affermare la possibilità di modificare le quantità –riducendole - non solo delle lavorazioni a corpo ma pure di quelle a misura. E’, invece, del tutto evidente che la modifica, in termini di riduzione, delle quantità delle lavorazioni a misura indicate nel progetto, determina una alterazioni delle condizioni di gara, atteso che un concorrente formula la propria migliore offerta in riferimento ad un progetto differente rispetto a quello utilizzato dagli altri partecipanti, attesa la riduzione delle quantità della lavorazioni (o di alcune lavorazioni) “a misura” operata in sede di formulazione dell’offerta medesima.

Le censure formulate in ricorso, sotto questo profilo, pertanto, non sono condivisibili, attesa l’evidente sussistenza dell’interesse pubblico non solo al mantenimento della par condicio tra i partecipanti ma anche, e soprattutto, all’aggiudicazione della gara al miglior offerente.

Nemmeno condivisibile è il richiamo, operato dalla ricorrente, al comma 7 dell’art. 90 del d.P.R. n. 554/99. Invero, il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire (VI Sez., 11 luglio 2003 n. 4145) che, poiché i criteri dettati dal secondo comma dell’art. 90 D.P.R. n. 554 del 1999 sono preordinati

esclusivamente a risolvere le ambiguità ai fini dell'individuazione dell'offerta aggiudicataria, ma non eliminano dette ambiguità dal corpo dell'offerta stessa, il settimo comma dello stesso art. 90 si occupa della "chiusura" del sistema, attraverso la rimozione delle incongruenze, in modo da definire esattamente i contenuti dell'offerta, ai fini dell'esecuzione del contratto. Tale operazione - che è affidata alla stazione appaltante e si svolge in un momento successivo all'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto - è disciplinata anch'essa analiticamente con criteri coerenti con quelli indicati al secondo comma. In particolare, dopo aver proceduto alla verifica dell'esattezza dei calcoli dei prezzi unitari, l'Amministrazione, ove riscontri una discordanza fra il prezzo complessivo e quello corrispondente al ribasso percentuale offerto, deve provvedere a correggere tutti i prezzi unitari "in modo costante in base alla percentuale di discordanza".

E', però, evidente che non è questa l'ipotesi che si è verificata nella gara di cui si discute, non trattandosi di errori materiali o di mero calcolo.

Dalle esposte argomentazioni emerge, altresì, l'infondatezza del quarto motivo di ricorso, atteso che il provvedimento di annullamento impugnato

risulta adeguatamente motivato e fondato su circostanze –la riduzione di alcune voci “a misura” della lista delle categorie dei lavori e delle forniture – che non sono contestate tra le parti; in tale prospettiva, non assume rilievo la denunciata mancanza di una espressa previsione di esclusione della *lex specialis* di gara per l'ipotesi di cui si discute, considerato che, da un lato, il disciplinare di gara richiedeva la compilazione della lista delle categorie in conformità alle previsioni di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 554/99, conformità che, come detto, non si è verificata; dall'altro, la modificazione delle quantità di progetto, oltre a realizzare una violazione di legge, ha determinato l'evidenziata alterazione delle condizioni di gara con tutte le conseguenze sopra ricordate.

Quanto al rilievo che l'Amministrazione avrebbe avallato la condotta di parte ricorrente prevedendo nella lista delle categorie dei lavori e delle forniture una colonna dedicata alle quantità modificate, si osserva che la compilazione diligente della suddetta lista avrebbe dovuto indurre il partecipante ad apportare modifiche delle quantità limitatamente alla voci “a corpo”, ovvero, eventualmente, a richiedere alla Stazione Appaltante chiarimenti sullo specifico punto.

Le censure formulate, pertanto, non possono essere accolte.

L'infondatezza delle censure formulate in ricorso determina, altresì, il rigetto della domanda risarcitoria.

In conclusione, per tutte le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e va, dunque, respinto.

La indubbia particolarità delle questioni trattate permette di compensare interamente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/07/2014

IL SEGRETARIO

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