

Rubrica giurisprudenza

di Barbara Antonioli (*)

Contratti della p.a. - Gara d'appalto con il metodo del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari - Aggiudicazione provvisoria - Successiva verifica dell'u.t. - Aggiudicazione ad altra ditta - Illegittimità

T.A.R. Lazio - Latina - 13 gennaio 1998, n. 13; Pres. Camozzi, Est. Raponi; Ric. YYY (avv. Piccirillo) c. comune di Minturno (avv. Signore).

È illegittimo l'operato della commissione di gara d'appalto, svolto con il metodo del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari, che dopo l'aggiudicazione provvisoria salvo verifica da parte dell'ufficio tecnico e avendo questo verificato tutte le offerte ammesse e accertato essere più conveniente l'offerta di altra ditta, si è nuovamente riunita e ha aggiudicato l'appalto a quest'ultima.

Tale comportamento infatti viola l'art. 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14 ai sensi del quale la verifica avrebbe dovuto riguardare soltanto i conteggi presentati dall'impresa ricorrente, con possibilità di aggiudicare i lavori ad altro concorrente solo nel caso in cui la sua offerta fosse risultata più favorevole, per effetto delle correzioni apportate all'offerta verificata.

(Omissis)

FATTO

Con ricorso notificato il 4 luglio 1997, depositato il successivo 8 luglio, l'Impresa ZZZ, aggiudicataria provvisoria della licitazione privata indetta dal comune di Minturno ed esperita il 6 maggio 1997 per l'esecuzione di lavori di ampliamento del cimitero comunale, 1° stralcio, impugna la delibera n. 558 del 24 giugno 1997 con cui la giunta comunale ha aggiudicato i lavori alla controinteressata XXX S.r.l., dopo che, da parte dell'u.t.c., era stato operato un controllo ed erano state rettifiche le 27 offerte presentate ed ammesse e la commissione aveva di fatto riaperto la gara legittimando le correzioni materiali delle offerte e disponendo una nuova aggiudicazione in favore della XXX S.r.l.

Deduce i seguenti motivi:

- 1) Violazione dei principi generali del diritto in tema di gara di appalto - Violazione del bando di gara - Violazione ed erronea applicazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche integrazioni - Violazione delle leggi 2 febbraio 1973, n. 14, 8 giugno 1990 n. 142, 7 agosto 1990 n. 241 - Violazione dell'art. 97 Cost. - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Violazione del giusto procedimento - Illogicità - Difetto di motivazione - Sviamiento.
- 2) Violazione dei principi di continuità e di pubblicità della gara - Violazione del bando di gara - Violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.
- 3) Violazione art. 7 legge 241/1990 - Eccesso di potere - Sviamiento. Il comune di Minturno, costituito in giudizio, chiede il rigetto della sospensiva adducendo l'improvviso crollo dell'ala sud del cimitero e la necessità di sistemare i defunti, riservandosi di ulteriormente controdedurre circa il merito della questione. Si è costituita in giudizio la XXX S.r.l. la quale sostiene la legittimità della verifica effettuata dall'u.t.c. e dell'aggiudicazione disposta in suo favore, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza collegiale n. 458 del 25 luglio 1997 è stata accolta la domanda incidentale di sospensiva con contestuale dichiarazione di urgenza del ricorso ai sensi dell'art. 19 d.l. 25 marzo 1997, n. 67 la cui discussione è stata fissata per la pubblica udienza del 7 novembre 1997.

DIRITTO

Il ricorso è meritevole di accoglimento.

In effetti, nel caso in esame, a conclusione della gara di appalto per l'ampliamento del cimitero comunale di Minturno, 1° stralcio, espletata ai sensi dell'art. 21, 1° comma della legge n. 109/94 e successive modificazioni e integrazioni secondo il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, come previsto dall'art. 1, lett. e) della legge n. 14/1973, i relativi lavori, per un importo a base d'asta di L. 1.182.560.722 venivano provvisoriamente aggiudicati, giusta verbale della commissione di gara del 6 maggio 1997, all'impresa ricorrente che aveva presentato l'offerta più vantaggiosa (L. 919.086.193), previa verifica tecnico-contabile demandata all'u.t.c.

Senonché il predetto organo, anziché limitare la propria verifica alla sola offerta della ditta aggiudicataria, procedeva al controllo e correzione di tutte le offerte ammesse (in numero di 27), dopo di che la commissione di gara, che aveva concluso i propri lavori, riapriva, inopinatamente, la gara in palese violazione dei principi di continuità e di pubblicità che debbono presiedere al suo svolgimento a garanzia della parità di condizioni dei concorrenti, ed effettuava, giusta verbale del 5 giugno 1997, una nuova aggiudicazione in favore della XXX S.r.l. che risultava essere, a seguito delle verifiche dell'u.t.c., la migliore offerente con una offerta di L. 918.590.674 rispetto all'importo a base d'asta. La giunta comunale di Minturno ha approvato, con la delibera n. 558 del 24 giugno 1997, l'invero singolare operato della commissione di gara affidando i lavori alla ditta XXX S.r.l., in palese violazione dell'art. 5 della legge 2 febbraio 1973 n. 14 ai sensi del quale la verifica avrebbe dovuto riguardare soltanto i conteggi presentati dall'impresa ricorrente, con possibilità di aggiudicare i lavori ad altro concorrente solo nel caso in cui la sua offerta fosse risultata più favorevole, per effetto delle correzioni apportate all'offerta verificata.

Siffatta evenienza non è configurabile nel caso in esame nel quale l'offerta della XXX è risultata la più vantaggiosa grazie ad una verifica illegittima dell'ufficio tecnico comunale che ha chiaramente esorbitato dai precisi limiti imposti dalla legge.

Tanto basta per l'accoglimento del proposto ricorso e il conseguente annullamento degli atti impugnati, in particolare la delibera n. 558/97, potendosi prescindere dalle altre questioni prospettate.

(Omissis)

Prima di procedere all'analisi del contenuto della sentenza che costituisce oggetto del presente articolo è opportuno approfondire il contenuto e la portata di alcune tematiche fondamentali, quali la tutela in via amministrativa, vizi di legittimità dell'atto amministrativo, la disciplina del procedimento amministrativo.

Relativamente ai primi due punti, la tutela in via amministrativa è assicurata, tra gli altri, dai tribunali amministrativi regionali, istituiti con la L. 1034/71. Essi sono inquadrabili all'interno del novero degli organi di giurisdizione amministrativa speciali, e cioè fra quelle che non fanno parte dell'ordine giudiziario, sono svincolati dal vincolo di subordinazione gerarchica e godono di garanzie di indipendenza da escludere qualsiasi soggezione rispetto agli organi dell'esecutivo.

Ai T.A.R. sono attribuite tre specie di competenza: competenza generale di legittimità, competenza speciale di merito e competenza speciale esclusiva.

La prima riguarda i ricorsi per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere. La seconda, a differenza di quella di legittimità, si esercita solo sulle materie tassativamente stabilite dalla legge e rappresenta un plus rispetto a quella di legittimità, nel senso che, per alcune materie, il T.A.R. oltre ai normali poteri della competenza di legittimità, gode di poteri più ampi, potendo accertare i fatti e potendo sostituirsi alla autorità amministrativa mediante la riforma del provvedimento impugnato.

La terza è una competenza speciale attribuita su determinate materie (ad esempio, rapporti di pubblico impiego con lo Stato) per le quali la cognizione non è limitata agli interessi legittimi ma si estende anche ai diritti soggettivi.

Il giudicato dei T.A.R. investe, nel caso specifico, la legittimità dell'atto amministrativo mediante il quale l'ufficio tecnico contabile del Comune di Minturno ha aggiudicato i lavori alla ditta XXX S.r.l.,

a seguito del controllo del complesso delle offerte presentate. Oggetto del ricorso è la delibera 558/97 con cui la giunta comunale ha aggiudicato i lavori alla controinteressata XXX S.r.l., conseguente alla rettifica della totalità delle offerte presentate ed ammesse, riaprendo, di fatto, la gara in palese violazione dei principi di pubblicità e continuità che debbono presiedere allo svolgimento della gara d'appalto. I vizi eccepiti dalla ricorrente (impresa ZZZ, aggiudicataria provvisoria dei lavori) sono riconducibili essenzialmente alla violazione di legge ed allo sviamento di potere.

Per quanto concerne la violazione di legge, essa può essere sostanzialmente definita come un rapporto di contraddittorietà fra l'atto e la norma di legge, la quale riguardi o le forme o il procedimento o il contenuto dell'atto stesso. Tale contraddittorietà, nel caso in oggetto, è identificabile in una falsa applicazione, in quanto l'autorità amministrativa ha fatto applicazione della norma per una ipotesi da essa non contemplata.

Il termine "norma" per questo vizio di legittimità va intesa in senso ampio comprensivo sia della legge formale, che della legge materiale (decreto legge, legge delegata) ovvero di regolamento, statuto, consuetudine. Rientrano in tale espressione anche le norme comunitarie, le quali prevalgono sulle norme nazionali. Le leggi violate dal comune di Minturno sono essenzialmente la L. 14/73, la L. 241/90 e l'art. 97 Costituzione. Ai sensi dell'art. 5 L. 14/73 la verifica da parte dell'u.t.c. deve riguardare esclusivamente i conteggi presentati dal ricorrente (XXX), con possibilità di aggiudicare l'appalto ad altro concorrente solo qualora la sua offerta risulti più favorevole per effetto delle correzioni apportate all'offerta verificata.

La L. 241/90, la cui ratio è riconducibile essenzialmente all'esigenza di fornire al privato adeguate garanzie nella formazione dell'atto amministrativo, disciplinando la fase di iniziativa e la fase di istruttoria.

L'art. 97 Cost. dispone che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

L'eccesso di potere è un concetto elaborato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla base dello spunto offerto dall'esperienza del *détournement de pouvoir* del Conseil d'Etat francese. Sotto lo schema di eccesso di potere si raggruppano tutte le violazioni di quei limiti interni della discrezionalità amministrativa, che, pur non essendo consacrati in norma positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato. Tali limiti sono i seguenti tre: interesse pubblico, causa del potere esercitato, precetti di logica e di imparzialità.

Il vizio di eccesso di potere si colloca esclusivamente nell'area degli atti discrezionali; là dove il provvedimento è vincolato, sia per quanto riguarda l'emanazione, sia per quanto riguarda l'emanazione, sia per quanto riguarda il contenuto dell'atto, non vi è alcun apprezzamento che può essere compiuto dall'autorità, al quale deve limitarsi ad applicare la legge. La sentenza del T.A.R. ha a tal proposito sottolineato come "l'offerta dell'Edilfin è risultata la più vantaggiosa grazie ad una verifica illegittima dell'ufficio tecnico comunale che ha chiaramente esorbitato dai precisi limiti imposti dalla legge".

Nel complesso, il giudizio di legittimità del T.A.R. è stato nel senso dell'annullamento degli atti impugnati, con particolare riguardo alla delibera n. 558/97. Gli effetti di tale giudizio sono sostanzialmente *ex tunc*, con la conseguenza che i lavori debbono ritenersi affidati fin dall'inizio alla ditta ZZZ.