

N. 03139/2011REG.PROV.COLL.
N. 01312/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1312 del 2011, proposto da Autostrada del Brennero s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituito Rti con Coopsette soc. coop., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Cordioli & C. s.p.a., Edilizia Wipptal s.p.a., Oberosler Cav. Pietro s.p.a., Impresa di costruzioni geom. Collini s.p.a., Consorzio stabile Co. Seam s.p.a., Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro soc. coop. p.a., Mazzi impresa generale costruzioni s.p.a., Consorzio stabile Modenese, rappresentati e difesi dagli avv. Gianluigi Pellegrino e Fabio Roversi Monaco, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Toto S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gianpaolo Ruggiero e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Anas Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia - Romagna, sezione prima, n. 90 del 28 gennaio 2011;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Toto S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino, Mario Sanino e l'avvocato dello Stato Carlo Sica;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso iscritto al n. 1312 del 2011, Autostrada del Brennero s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituito Rti con Coopsette soc. coop., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Cordioli & C. s.p.a., Edilizia Wipptal s.p.a., Oberosler Cav. Pietro s.p.a., Impresa di costruzioni geom. Collini s.p.a., Consorzio stabile Co. Seam s.p.a., Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro soc. coop. p.a., Mazzi impresa generale costruzioni s.p.a., Consorzio stabile Modenese, propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia - Romagna, sezione prima, n. 90 del 28 gennaio 2011, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Toto S.p.A. contro la stessa Autostrade del Brennero s.p.a. e contro Anas s.p.a. per l'annullamento della nota ANAS del 23 aprile 2010 prot. EDG-0060393-P comunicazione dell'esclusione dal procedimento concorsuale relativo all'affidamento in concessione della progettazione,

della riqualificazione funzionale ad autostrada e della gestione del raccordo autostradale Ferrara-Porto Garibaldi, del verbale della seduta della Commissione di gara del 21 aprile 2010 in cui si è proceduto alla esclusione della TOTO S.p.a. dalla gara, di tutti gli atti a questi annessi, connessi, presupposti e/o consequenziali.

All'esito del giudizio di primo grado, il T.A.R. bolognese, in accoglimento del ricorso, riteneva fondate le doglianze proposte, ritenendo che il sistema di pubblicità della disciplina di gara non fosse stato idoneo a garantire la trasparenza dell'azione della stazione appaltante.

La ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure è contestata dall'appellante, che evidenzia come la procedura avesse rispettato le previsioni del bando di gara e che tutti i partecipanti fossero stati messi in condizione di conoscere in dettaglio le eventuali modifiche successivamente intervenute.

Il ricorso non è fondato e va respinto.

In fatto, va ricordato come la contestata esclusione della ricorrente sia stata disposta sulla scorta dell'omessa allegazione, nell'ambito della richiesta documentazione amministrativa, dello schema di convenzione posta a base di gara, schema che era stato prodotto nella sua versione originale e non come successivamente modificata ed integrata dalle disposizioni del bando poi intervenute.

Peraltro, l'elemento centrale di contestazione è la circostanza che le intervenute modifiche fossero state portate a conoscenza dei partecipanti da parte di ANAS esclusivamente mediante la pubblicazione sul proprio sito internet dell'avviso di rettifica con il quale veniva modificato l'art. 11 del predetto schema di convenzione, a cui venivano aggiunti i commi 11.14 e 11.15.

Inoltre, la tipografia Tecnocopie, incaricata da ANAS di procedere alla distribuzione della documentazione di gara, aveva trasmesso alla ricorrente

unicamente una e-mail, carente di indicazioni che potessero fare ritenere tale missiva imputabile alla stazione appaltante, che informava la parte appellata dell'avvenuta sostituzione del precedente modello con il nuovo schema di convenzione.

Tale procedimento, contestato in primo grado dalla Toto s.p.a., è stato ritenuto non corretto dal T.A.R., che ha quindi annullato la disposta esclusione.

Il ragionamento seguito dal giudice di prime cure deve essere integralmente condiviso, atteso che il sistema utilizzato, sebbene animato da ragioni di riduzione degli oneri amministrativi e di celerità dell'azione, non appare rispettoso dei principi di trasparenza e di corretta partecipazione alle procedure di gara.

Va evidenziato come, da una lettura congiunta degli art. 64 e 66 del codice dei contratti pubblici con i contenuti dei bandi di gara di cui all'allegato IX A dello stesso testo normativo, gli obblighi di pubblicità della stazione appaltante debbano avere un contenuto minimo tassativo e debbano però comprendere anche gli elementi ulteriori aggiuntivi idonei a dare una chiara rappresentazione del contenuto del contratto che si andrà ad aggiudicare. In via del tutto preliminare, deve quindi sottolinearsi come l'ambito applicativo degli oneri di pubblicità, quale presupposto necessario per lo svolgimento corretto della gara, copra un'area estesa, non potendosi interpretare restrittivamente il disposto normativo, a pena di tradire la ratio intrinseca dell'apertura alla concorrenza.

Va quindi ritenuta corretta la lettura operata dal giudice di prime cure, quando ha affermato che, in via generale, ogni rettifica del contenuto del bando di gara, dove tale concetto va esteso anche agli atti allegati, "è priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti alla gara ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando". Tale statuizione è espressione del principio

di reciproca correttezza che deve improntare i rapporti tra stazione appaltante ed imprese partecipanti alla selezione, correttezza idonea a fondare l'affidamento del privato.

La possibilità che, conseguentemente, le modifiche alla disciplina di gara possano avere forme di pubblicità attenuata, sebbene non possa escludersi a priori, deve però essere guardata con disfavore e comunque giustificata da esigenze cogenti che siano idonee a giustificare, in astratto ma anche in concreto, i detti principi che improntano la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica.

Nel caso in specie, deve quindi ritenersi non condivisibile l'ipotesi che la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante possa costituire forma fattualmente e giuridicamente idonea di conoscenza.

Infatti, in primo luogo, proprio in relazione all'evolversi della fattispecie si è data prova che il meccanismo divulgativo predisposto si è dimostrato fallace, adottando un sistema di comunicazione che non è stato idoneo a permettere l'effettiva conoscenza dell'intervenuta modificazione.

E, in secondo luogo, perché si è trattato di un sistema che, in concreto, ha gravato le imprese partecipanti di un onere di diligenza ulteriore, del quale è arduo individuare la fonte normativa, potendosi richiedere alle imprese un onere collaborativo solo nei limiti degli strumenti di legge, salvo voler trasformare il bando di gara da strumento di autovincolo della stazione appaltante in semplice atto introduttivo di una procedura, che diventerebbe così suscettibile di ulteriori modifiche anche in assenza di ulteriore controllo.

In questo senso, il rinvio operato dal giudice di prime cure sulla natura di mera pubblicità – notizia della pubblicazione del bando sul sito internet dell'amministrazione e quindi alla sua inidoneità ad assicurare la legale conoscenza degli atti amministrativi, appare del tutto condivisibile.

L'appello va quindi respinto.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, stante la parziale novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 1312 del 2011;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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

