



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 per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10368 del 2002, proposto da:  
Soc. Impresa S.c.l. - Montaggi e Costruzioni Srl, in persona del legale  
rappresentante p. t., in proprio ed in qualità di capogruppo  
mandataria dell'ATI con Soc. Impresa S.i.m.i. Srl, rappresentata e  
difesa dagli avv. ti Alfredo Biagini e Paolo Pettinelli, con domicilio  
eletto presso lo studio del primo in Roma, via di Porta Castello, 33;

***contro***

la Soc. Interpower Spa, in persona del legale rappresentante p. t.,  
rappresentata e difesa dagli avv. ti Paolo Gonnelli e Salvatore  
Granato, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via  
Stefano Borgia, 15;

***nei confronti di***

Soc. Impresa Officine Leoncini & C Srl, in persona del legale  
rappresentante p. t.;

*per l'annullamento*

1) della nota del 6.6.2002 prot. P6554, ricevuta il 12.6.2002, con cui è stato comunicato l'annullamento della gara n. 000000371 bando CEE s 91/63454 del 12.05.01, per la manutenzione straordinaria di serbatoio per stoccaggio combustibili;

2) della nota del 1.8.2001, prot. 9411 ricevuta in data 6.8.2002, con cui è stato comunicato il diniego di accesso ai documenti inerenti alla gara n. 000000371, ed è stata comunicata l'aggiudicazione della gara ad impresa terza;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. Interpower Spa, ora Tirreno Power Spa;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 5926/2002 del 17 ottobre 2002;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Adriana Baso, su delega dell'avv. Pettinelli, per la società ricorrente, e l'avv. Gonnelli per la società resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Espone in fatto la società ricorrente di essere stata invitata, con nota del 22.8.2001, da Interpower S.p.a. (oggi Tirreno Power ), società appartenente al gruppo Enel, a formulare offerta per la realizzazione

dei lavori di "*manutenzione straordinaria di un serbatoio da 40.000 MC per stoccaggio combustibili con rifacimento del fondale delle serpentine di riscaldamento ed eventuali ripristini parziali del tetto e del mantello*" di cui al bando CEE S91/63454; a norma di quanto previsto dal bando, la selezione avrebbe dovuto svolgersi mediante "procedura negoziata" sulla base di un importo posto a base di gara di circa 1.400.000.000 (IVA esclusa) di vecchie lire.

Precisa, ancora, la ricorrente che la gara ricadeva nell'ambito di applicazione del d.lgs. 158/95 - appalti dei settori esclusi – e nell'alveo di quanto previsto per i lavori rientranti nel medesimo settore dalla legge n. 109/94, e di avervi preso parte in ATI con la SIMI S.r.l.; peraltro, essendo risultata l'offerta presentata superiore al prezzo inizialmente stimato da Interpower in sede di gara (€ 715.767,95), con nota del 2.10.2001 veniva chiesta alla odierna ricorrente una offerta migliorativa rispetto a quella già presentata, cui la concorrente rispondeva praticando un ribasso sul prezzo offerto del 1,12%. Invitata a discutere l'offerta con la successiva comunicazione dell'8.10.2001, la ricorrente chiedeva in data 21.2.2002 notizie circa l'esito della gara ed apprendeva di essere risultata titolare della migliore offerta; quindi, prorogata la validità dell'offerta, invece di essere chiamata per la stipula del contratto veniva nuovamente interpellata per praticare un ulteriore sconto, accordato nei limiti di circa € 18.000,00, con prezzo finale offerto di 821.913,40.

In data 6.6.2002 la ricorrente riceveva la nota, impugnata sub 1), con cui si comunicava l'annullamento della gara e la conseguente

restituzione della fidejussione prestata; con la nota del 1.8.2002, impugnata sub 2), la stazione appaltante negava alla ricorrente l'accesso agli atti di gara e comunicava l'aggiudicazione dell'appalto in favore di impresa terza.

Ritenendo gli atti posti in essere affetti da illegittimità sotto diversi profili, deduce la ricorrente, con unico articolato motivo, la violazione dell'art. 8, comma 6, del d. lgs. n. 158/1995, dell'art. 2, comma 5, e 24 della legge n. 109/1994, contraddittorietà delle motivazioni, violazione dei principi di trasparenza e concorsualità del Trattato Cee; violazione dell'art. 22, legge n. 241/1990.

Ritiene, in sostanza, la deducente, che siano applicabili le norme di cui al d. lgs. 158/1995 e legge 109/1994, sia sotto il profilo dell'ambito soggettivo, in ragione del subentro di Interpower nella concessione rilasciata all'Enel di derivazione delle acque finalizzata all'attività di produzione di energia, e della partecipazione al capitale sociale in massima parte controllata dal Ministero del Tesoro per il tramite di Enel, che sotto quello oggettivo, trattandosi nel caso che ne occupa di affidamento di appalto di lavori, e non di servizi, di importo inferiore a € 5.000.000,00, con conseguente attrazione dello stesso alle disposizioni di cui alla legge sui lavori pubblici.

Alla stregua di quanto sopra, é viziata la comunicazione di nuova aggiudicazione non ricorrendo nel caso di specie i presupposti per il ricorso alla trattativa privata indicata dall'art. 24, legge n. 104 del 1994, ed essendo stati violati, altresì, gli obblighi di pubblicità e di evidenza pubblica, non essendo stata invitata alla nuova gara anche la

ricorrente, che, pertanto, è titolare di un interesse qualificato a concorrere nell'ambito di una nuova procedura, emendata dei rilevati vizi.

Infine, lamenta la ricorrente l'illegittimità del diniego alla richiesta di accesso agli atti di gara, in violazione delle norme dettate in proposito dalla legge n. 241 del 1990.

Conclude la ricorrente chiedendo, in accoglimento dei suesposti mezzi di censura, l'annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita in giudizio la società Intepower S.p.a., poi Tirreno Power, a seguito di cessione da parte di Enel S.p.a. ai sensi del d. lgs. 79/99 e del d.P.C.M. 4 agosto 1999, per eccepire l'infondatezza del ricorso avversario, di cui ha chiesto, pertanto, il rigetto.

Non si è, invece, costituita la pure intimata società controinteressata, in quanto aggiudicataria dell'appalto in controversia, Officine Meccaniche Leoncini.

Con ordinanza n. 5926/02 del 17 ottobre 2002 la Sezione ha respinto la domanda di sospensione degli atti impugnati.

In vista della discussione della causa nel merito, le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche; quindi, alla pubblica udienza del 13 gennaio 2011 la causa è stata trattenuta a sentenza.

## DIRITTO

Con il ricorso in esame la società ricorrente introduce due distinti capi di domanda: con uno, si reclama l'annullamento del diniego opposto dalla società Interpower S.p.a., partecipata da Enel, alla richiesta di accesso ai documenti afferenti alla procedura negoziata dell'appalto

per l'esecuzione della manutenzione straordinaria di un serbatoio da 50.000 MC per stoccaggio combustibili con rifacimento del fondale delle serpentine di riscaldamento ed eventuali ripristini parziali del tetto e del mantello; con l'altro, si chiede l'annullamento della comunicazione di annullamento della gara a trattativa privata di cui sopra, in cui la medesima società era risultata titolare della migliore offerta.

In via preliminare, il Collegio deve dare atto che sul capo di domanda relativo all'accesso agli atti è venuto meno l'interesse della società ricorrente, come dichiarato dal patrono della medesima alla pubblica udienza, alla stregua del deposito documentale di controparte.

Al Collegio non resta, dunque, che dichiarare l'improcedibilità, in parte qua, del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse; mentre deve essere esaminato il secondo, autonomo capo di domanda.

Come sopra accennato, la società impugna, la comunicazione con cui la società Interpower S.p.a. - ora società Tirreno Power S.p.a., a seguito di cessione e poi di fusione in quest'ultima società - ha informato la ricorrente dell'annullamento della gara avente ad oggetto la manutenzione straordinaria di un serbatoio per stoccaggio combustibili - bando di gara CEE S91/63454 del 12/5/2001 - in relazione a cui la medesima aveva presentato offerta; oggetto di impugnativa, peraltro, è anche la successiva nota con cui la stazione appaltante, nel negare l'accesso agli atti inerenti la procedura de qua, ha, incidentalmente, comunicato che il servizio di cui sopra è stato poi aggiudicato ad altra impresa.

Con l'unico articolato motivo di ricorso, la società SCL contesta, in sostanza, che ricorressero nel caso di specie gli estremi per assegnare l'appalto a seguito di ulteriore trattativa privata non preceduta da alcuna forma di pubblicità.

Deve essere evidenziato che parte ricorrente, a supporto delle doglianze dedotte, non pone l'interesse alla reviviscenza della prima procedura in cui la medesima aveva presentato migliore offerta, onde conseguirne l'aggiudicazione, bensì quello strumentale al rifacimento della seconda procedura, secondo le regole di cui lamenta la violazione.

In coerenza con tale linea difensiva, i motivi di ricorso si attagliano esclusivamente alla seconda comunicazione, concernente l'aggiudicazione finale ad impresa terza.

Sotto il rilevato profilo, controparte dubita che l'impresa possa vantare un interesse concreto alla impugnativa, così come risultante dalla articolazione dei motivi di ricorso, eccependo, in proposito, l'inaammissibilità del ricorso.

Osserva, al riguardo, il Collegio che è ormai principio consolidato che la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza rispetto a quello della generalità dei consociati, mediante la proposizione di una domanda di partecipazione alla gara o la formulazione della propria offerta, atteso che l'interesse tutelato in sede di ricorso giurisdizionale non può essere quello generico al

rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima, anche mediante l'eliminazione di clausole eventualmente lesive. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1705; sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7402)

Nel caso di specie, peraltro, la ricorrente lamenta la violazione delle norme che prevedono il ricorso alla procedura negoziata in presenza di stringenti ed eccezionali motivi, e, non invitata alla seconda procedura, lamenta anche un deficit di pubblicità dello svolgimento dello stesso, cui le è stata preclusa la partecipazione; per cui, sotto tale aspetto, il ricorso è senz'altro supportato da un interesse giuridicamente rilevante.

Sul punto, peraltro, deve pure essere considerato che quando una gara viene censurata per la violazione delle disposizioni che ne disciplinano le modalità di pubblicazione del bando e si fa quindi valere l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, è necessario dimostrare che qualora l'Amministrazione avesse agito correttamente, il ricorrente avrebbe potuto prendere parte alla procedura; in altri termini, non è sufficiente dimostrare di essere un operatore del settore per radicare nell'impresa l'interesse giuridicamente protetto all'impugnazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente, come sembra sostenere la parte ricorrente, ma occorre altresì dimostrare la decisiva circostanza di essere in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara già bandita.

In fatto, deve rilevarsi che l'affidamento a mezzo di una seconda procedura negoziata è seguita al non soddisfacente esperimento della prima procedura, cui, invece, la ricorrente aveva partecipato presentando la migliore offerta, che, però, pure a seguito di successive richieste di sconto, non era risultata, nella proposta finale, coerente con le condizioni economiche ritenute congrue dalla stazione appaltante.

Il Collegio ritiene, a questo punto, necessario porre una parola di chiarezza sulla normativa applicabile alla procedura impugnata, onde poter poi scrutinare i motivi di ricorso.

Premesso che non è vi è controversia sulla applicabilità alla gara in esame della normativa per gli affidamenti dei pubblici appalti, è necessario, però, stabilire se la gara avesse ad oggetto l'affidamento di lavori, ovvero, di un servizio pubblico, con quello che ne consegue sotto il profilo delle relative norme applicabili.

Secondo la tesi di parte ricorrente, l'appalto è sussumibile nella categoria dei lavori pubblici, in forza di quanto previsto dall'art. 8, comma 6, d.lgs. 17 marzo 1995 n. 158, per gli appalti di lavori che non siano strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori di cui agli art. 3 e 6 dello stesso decreto o che, pure essendo funzionali, riguardino opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei settori di cui ai predetti articoli, con conseguente applicabilità delle norme dell'ordinamento generale dei lavori pubblici.

Un più approfondito esame della normativa relativa alle procedure di

appalti nei settori esclusi non consente di pervenire alle medesime conclusioni raggiunte dalla ricorrente.

La norma sopra richiamata precisa cosa è escluso dall'applicazione della disciplina del d. lgs. n. 158 del 1995, e presuppone, dunque, che l'appalto non sia inquadrabile in nessuna categoria tra quelle indicate al precedente art. 7, intitolato "Oggetto degli appalti" che, invece, definisce gli appalti di lavori, forniture e servizi ai fini dell'applicabilità del decreto.

Rileva, per i fini di interesse, la lettera c) del primo comma, del richiamato art. 7, che stabilisce che si intendono per appalti di servizi gli appalti che hanno ad oggetto le prestazioni elencate negli allegati XVI-A e XVI-B; il numero 1, dell'allegato XVI-A, indica, tra gli altri, i servizi di manutenzione e riparazione.

Come sopra ricordato, l'appalto riguarda proprio la manutenzione straordinaria di un serbatoio da 50.000 MC per stoccaggio combustibili con rifacimento del fondale delle serpentine di riscaldamento ed eventuali ripristini parziali del tetto e del mantello, di proprietà di società operante nel settore escluso dell'energia elettrica, per cui non vi è dubbio che l'appalto ricada in pieno nella disciplina dettata dal d. lgs. 158/1995.

Dalle superiori considerazioni emerge, allora, l'infondatezza dei motivi di ricorso, con cui la ricorrente si duole della violazione della legge n. 104 del 1994, dovendo, invece, farsi riferimento al ridetto d. lgs. 158/1995, al fine di verificare la legittimità della procedura osservata.

Come sopra ricordato, la ricorrente aveva presentato per il servizio di cui si tratta una offerta che non era stata ritenuta soddisfacente dalla stazione appaltante, tanto che questa ultima aveva deciso di annullare la procedura negoziata, in coerenza, peraltro, con quanto stabilito con la stessa lettera di invito, in cui era precisato che, l'appalto, indivisibile e costituito da unico lotto, sarebbe stato aggiudicato secondo il criterio del prezzo più basso, fatto salvo il controllo dell'idoneità tecnica e del livello economico, e con riserva, altresì, di non procedere all'aggiudicazione del servizio ad insindacabile giudizio della stazione appaltante.

Tanto precisato, ritiene il Collegio che rilevi in proposito l'art. 13, lett. a) del d. lgs. n. 158/1995, nella parte in cui prevede che gli enti possono procedere alla negoziazione diretta ove nel corso della procedura di gara non siano intervenute "*offerte appropriate*", dovendosi leggere tale disposizione nel senso che il requisito della mancanza di offerte appropriate è integrato non solo nell'ipotesi in cui vi sia mancanza assoluta di offerte (cioè di gara andata deserta), ma anche in ipotesi di offerte irregolari, viziate cioè nella forma, sia infine in caso di offerte inammissibili, ossia carenti dei requisiti tecnici per la partecipazione alla gara o, ancora, inadeguate dal punto di vista economico.

E' opportuno, in proposito, precisare che l'accertamento dell'adeguatezza dell'offerta secondo i parametri economici non rileva solo quando l'offerta, anormalmente bassa rispetto ai parametri di riferimento di mercato, è ritenuta non attendibile, ma, specie ove il

criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, anche quando il prezzo offerto è più alto del valore posto a base di gara.

Nel caso che ne occupa il prezzo offerto dalla ricorrente in relazione al servizio di manutenzione era sensibilmente più alto rispetto a quello stimato dalla società appaltante, pari a € 715.767,95, a base di gara; ancora, come emerge dalla documentazione versata in atti, la società, invitata ripetutamente a ribassare l'offerta, ha praticato due successivi sconti, fino a offrire un prezzo finale di 821.913,40, ancora lontano dalla base di gara.

Non è, dunque, affetta da illegittimità la scelta di Interpower che, in applicazione del richiamato art. 13, ha ritenuto di affidare il servizio in questione mediante procedura negoziata e senza preventiva pubblicazione di un bando, essendo pacifico che, in risposta alla procedura iniziata con indizione di una gara, non erano pervenute offerte appropriate.

La previsione di cui sopra, del resto, è coerente con la stessa normativa comunitaria, di cui il d. lgs. 158 del 1995 reca applicazione nel nostro ordinamento, che, in considerazione della inutilità di una ripubblicazione del bando, demanda alla stessa Amministrazione la facoltà di sollecitare direttamente anziché mediante le consuete forme di pubblicità, le ditte che ritiene possano essere realmente interessate a negoziare l'oggetto dell'appalto.

Allora, anche la scelta di non invitare la società ricorrente alla trattativa privata, e di cui la medesima si duole, appare immune dalle dedotte censure.

Basti considerare che la procedura di aggiudicazione a trattativa privata senza previo bando, in caso di offerte inappropriate in una precedente procedura aperta o ristretta, di cui all'art. 13 in esame, non è qualificabile quale mera prosecuzione della precedente procedura non andata a buon fine, ma si atteggia quale procedimento del tutto autonomo, in cui la stazione appaltante consulta i candidati di propria scelta e negozia con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 12, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 158/1995).

A tali considerazioni consegue che il soggetto aggiudicatore è svincolato dalla precedente gara, e, atteso che può invitare i candidati di propria scelta, non è tenuto ad invitare senz'altro le imprese che hanno già presentato offerte nella precedente gara non andata a buon fine.

A tali conclusioni, oltre che dalla piana lettura delle norme rilevanti nel caso che ne occupa, si giunge anche secondo principi di ordine logico, atteso che non sarebbe ragionevole pretendere, come sembra sostenere la ricorrente, che nella procedura negoziata indetta a seguito di offerte inappropriate in precedente gara, vengano invitate le imprese che hanno già presentato offerte nella precedente gara conclusa negativamente proprio a causa della mancanza di offerte appropriate; invece, la stazione appaltante, preso atto della insuperabilità dello sconto offerto dalla ricorrente nella precedente gara, non ha, coerentemente, invitato alla trattativa privata l'impresa la cui offerta è stata ritenuta non appropriata, consentendo, invece, la partecipazione ad altre imprese, le cui offerte sono poi risultate essere

migliori di quelle già valutate negativamente.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato, in parte qua, improcedibile, e, per il resto, deve essere respinto; le spese di lite sono liquidate sulla base del principio della soccombenza, giusta quanto in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile, ed in parte lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della sola Soc. Interpower Spa, ora Tirreno Power Spa, costituitasi in giudizio, e liquidate forfetariamente nella somma di € 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2012

IL SEGRETARIO

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