

N. 02552/2012REG.PROV.COLL.

N. 10528/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10528 del 2011, proposto dalla Unigas Distribuzione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuele Coglitore, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

contro

A2a Reti Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Todarello, Claudia Sarrocco e Alessandro Gigli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Paola Falconieri n. 55;

nei confronti di

Comune di Gorlago, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Zoppolato e Angela Canta, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via del Mascherino n. 72;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia - sede staccata di Brescia - Sezione II, n. 1515 del 4 novembre 2011.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di A2a Reti Gas s.p.a. e del comune di Gorlago;

viste le memorie difensive della società appellante (depositate in data 28 gennaio, 30 marzo e 6 aprile 2012), della società A2a Reti Gas s.p.a. (depositate in data 31 marzo e 6 aprile 2012) e del comune di Gorlago (depositate in data 27 gennaio 2012 e 6 aprile 2012);

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Massarelli, su delega dell'avvocato Coglitore, Gigli, Fuda, su delega dell'avvocato Todararello, e Canta;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara indetta dal comune di Gorlago per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale a mezzo di rete urbana; alla gara hanno partecipato il gestore uscente del servizio A2a Reti Gas s.p.a. (in prosieguo A2a) e Unigas Distribuzione s.r.l. (in prosieguo Unigas), rispettivamente classificandosi al secondo ed al primo posto (con punti 88,5/100 e 97/100); la gara è stata aggiudicata alla ditta Unigas (cfr. determinazione n. 15 del 15 marzo 2011).

2. Avverso l'aggiudicazione e gli atti di gara è insorta la A2a formulando a sostegno del gravame cinque complessi motivi.

3. Si è costituita la ditta Unigas proponendo ricorso incidentale.

Nel corso del giudizio è stata espletata verifica.

4. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Lombardia - sede staccata di Brescia - Sezione II, n. 1515 del 4 novembre 2011 -:

a) ha esaminato per primo, e respinto, il ricorso incidentale della ditta Unigas;

b) nel presupposto della inaffidabilità del piano di ammortamento dei costi relativi all'indennizzo da corrispondere al gestore uscente (pari ad euro 2.235.000/00) e della conseguente alterazione della *par condicio* dei concorrenti (che ha consentito alla Unigas di presentare una offerta economica più vantaggiosa), ha accolto il primo ed il secondo motivo del ricorso principale;

c) ha assorbito gli ulteriori motivi;

d) ha aggiudicato la gara direttamente alla ditta A2a, ai sensi dell'art. 124 d.lgs. n. 163 del 2006 – codice dei contratti pubblici;

e) ha dichiarato l'inefficacia, a mente dell'art. 122 del codice dei contratti pubblici, del contratto eventualmente stipulato dall'amministrazione con Unigas;

f) ha compensato fra le parti le spese di lite onerando in parti uguali, il comune e la ditta Unigas, di quelle relative alla verifica che ha liquidato in complessivi euro 4.892 oltre accessori.

5. Con atto ritualmente notificato e depositato, Unigas ha interposto appello contestando criticamente tutti i capi sfavorevoli.

6. Si è costituito il comune di Gorlago concludendo per l'accoglimento dell'appello nella parte in cui contrasta l'accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale di primo grado.

7. Si è costituita la società A2a concludendo per l'infondatezza del gravame, in fatto e diritto, e riproponendo espressamente le censure non esaminate in primo grado.

8. Con decreto monocratico n. 1601 del 12 aprile 2011 è stata accolta l'istanza di misure cautelari provvisorie.

9. Alla camera di consiglio del 31 gennaio 2012 le parti hanno chiesto l'abbinamento al merito della trattazione dell'incidente cautelare impegnandosi a non alterare lo *status quo*.

10. All'udienza pubblica del 17 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. L'appello è fondato e deve essere accolto.

A cagione della riemersione dell'intero *thema decidendum* il collegio, per ragioni di comodità espositiva e prescindendo dalla tassonomia delle questioni, esamina prioritariamente i motivi a sostegno del ricorso principale di primo grado.

11.1. Con il primo motivo (pagine 4 – 9 del ricorso principale di primo grado), A2a ha contestato l'operato della commissione aggiudicatrice nella parte in cui non ha escluso l'offerta della Unigas per la violazione del disciplinare e dell'art. 6 dell'allegato schema di contratto di servizio; in particolare si lamenta che Unigas, all'interno del piano economico e finanziario allegato all'offerta, avrebbe utilizzato un coefficiente di ammortamento del valore di indennizzo da pagare al gestore uscente pari al 2,55 corrispondente a una <<vita utile unica>> di 40 anni per tutte le categorie di cespiti, in violazione di quanto disposto dall'art. 102 *bis* t.u.i.r. (e delle determinazioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas cui tale norma rinvia).

11.1.1. Il motivo è infondato.

11.1.2. L'art. 3 del disciplinare (pagina 5), esige a pena di esclusione che l'offerta economica contenga <<...*il piano economico e finanziario relativo all'intero periodo di affidamento del servizio redatto indicando i valori di vita tecnica utile dei cespiti adottati, da cui risultino i ricavi e i costi di gestione ...In esso dovranno essere indicate le modalità di finanziamento degli investimenti proposti e le condizioni tecniche ed economiche di trasferimento degli impianti realizzati nel corso del gestione al nuovo gestore alla scadenza del periodo di concessione del servizio ai sensi dell'articolo 14, comma 8, del D.L.gs. n. 164/00*>>.

A sua volta l'art. 7 del disciplinare – *Oneri a carico dell'aggiudicatario*– nell'individuare gli obblighi gravanti sul vincitore della gara in vista della stipula del contratto (pagamento della cauzione, delle spese contrattuali), stabilisce <<*Oneri connessi all'indennizzo da riconoscersi al concessionario uscente pari a: 2.235.000,00 più IVA al 20% oneri e spese. Detta somma, come indicato nel contratto di servizio, verrà ammortizzata nel corso dell'affidamento in ragione dell'applicazione del disposto di cui all'articolo 102 bis del DPR 917/86, senza riduzione del 20%*>>.

Coerentemente dispongono:

a) il punto 22 del modello di Dichiarazione di cui all'Allegato A del disciplinare, la dove prevede l'impegno della parte <<...*in caso di aggiudicazione a versare al concessionario uscente, prima*

della sottoscrizione del contratto di servizio, la somma di \$ 2.235.000,00 oltre IVA al 20% a titolo di indennizzo oltre oneri e spese quale requisito essenziale per la messa a disposizione dell'impianto di distribuzione>>;

b) l'art. 6, co. 2, 3 e 4, dello schema di contratto di servizio, non a caso rubricato <<Consegna delle reti e degli impianti e durata del contratto>>, che si riporta nelle parti essenziali: <<2. Le porzioni di reti ed impianti per le quali era previsto nel bando di gara il riconoscimento di un indennizzo al gestore uscente ...3. Detti impianti, oggetto di indennizzo a favore del gestore uscente da parte del nuovo gestore, per tutta la durata dell'affidamento verranno considerati quali proprietà del nuovo gestore, fatto salvo il riconoscimento del vincolo di obbligatorietà di cessione dei medesimi al nuovo gestore alla scadenza dell'affidamento medesimo....con liquidazione dei relativi oneri, alla scadenza del presente affidamento, a carico del gestore subentrante. 4. In relazione al valore di indennizzo di cui al punto precedente, esso viene quantificato, ora per il momento di scadenza del presente contratto, in ...in ragione dell'applicazione del disposto di cui all'articolo 102 bis del DPR 917/86, senza riduzione ulteriore del 20% al valore di indennizzo posto a base di gara. Detto importo non è soggetto ad alcun tipo di rivalutazione>>.

11.1.3. Delineata la cornice delle prescrizioni di gara applicabili alla fattispecie, ne discende l'infondatezza della tesi posta a base del motivo in esame (e recepita dall'impugnata sentenza), per le seguenti ragioni:

a) è assodato, sulla scorta del tenore testuale delle su indicate disposizioni nonché del loro coordinamento sistematico, che la ditta Unigas ha rispettato, in sede di presentazione dell'offerta, le prescrizioni previste a pena di esclusione fra le quali non c'era quella di indicare le modalità di calcolo dell'ammortamento dell'indennizzo da pagare in favore del gestore uscente (A2a);

b) non devono essere confusi gli adempimenti e gli oneri che vengono in rilievo nella fase della stipulazione e, soprattutto, durante l'esecuzione del rapporto contrattuale, rispetto a quelli che devono essere osservati ai fini della legittima e fruttuosa partecipazione alla gara;

c) vi è una differenza netta fra il valore residuale dell'indennizzo corrisposto alla concessionaria uscente ed il valore residuo, a fine affidamento, degli investimenti proposti nel piano industriale dell'offerta tecnica: il primo, in quanto determinabile solo al momento della stipula del contratto sulla base delle informazioni acquisite con il passaggio di consegne tra i gestori, non poteva essere oggetto dell'offerta (come del resto acclarato dal verificatore secondo il quale il dato essenziale per calcolare l'ammortamento ai sensi dell'art.102 bis cit., ovvero il <<costo storico>> dei singoli beni non era disponibile, mentre l'art. 7 indicava un costo unitario da ammortare pari a 2.235.000 euro); il secondo valore, viceversa, era ben conosciuto da ciascun concorrente (che aveva piena contezza del costo storico), essendo frutto delle scelte di investimento poste a base dell'offerta, sicché il valore residuo del piano industriale e le modalità di ammortamento dovevano essere dichiarate a pena di esclusione all'interno del piano finanziario.

d) l'interpretazione sostanzialistica della *lex specialis*, non suffragata, come nel caso di specie, da disposizioni normative vincolanti e idonee alla sua etero integrazione, si infrange contro il cogente principio della tassatività delle cause di esclusione.

11.2. Con il secondo motivo (pagine 9 – 12), è stata censurata:

a) l'alterazione delle condizioni poste a base dell'offerta con la conseguente alterazione della *par condicio* tra i concorrenti a cagione della surrettizia modificazione dei tempi di ammortamento delle

infrastrutture che, a sua volta, ha consentito alla ditta Unigas di beneficiare di una riserva di circa 500.000 euro per migliorare, sotto il profilo economico, la propria offerta;

b) la mancata effettuazione, da parte della stazione appaltante, dello scrutinio di anomalia come imposto dal disciplinare di gara nel caso di offerte tributarie di punteggi superiori a 80/100;

c) l'omessa valutazione della incongruità e non remuneratività dell'offerta aggiudicataria.

11.2.1. Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

11.2.2. Come già evidenziato, le modalità ed i tempi di ammortamento della voce di costo relativa all'indennizzo da versare al gestore uscente, non costituiscono parte necessaria dell'offerta economica; tali elementi, al contrario, per espressa volontà della stazione appaltante, sono stati ricompresi nel compendio delle prestazioni da richiedersi in sede di esecuzione del rapporto contrattuale; conseguentemente, la violazione dei criteri di ammortamento previsti dall'art. 7 del disciplinare (richiamati nell'art. 6, co. 3 e 4, del contratto di servizio), giustificherà tutt'al più l'esercizio, da parte del comune, degli strumenti di tutela pubblicistici e contrattuali previsti dall'ordinamento nonché il rifiuto di eventuali richieste di integrazione tariffaria dovute all'erroneità del calcolo dei tempi di ammortamento.

Parimenti infondata è la doglianza relativa all'impiego anticoncorrenziale della c.d. <<riserva>> di circa 500.000 euro; si tratta, invero, di una mera congettura che non inficia la serietà dell'offerta.

Ciò che effettivamente rileva è che la ditta Unigas, da un lato, sia in grado di versare la somma di euro 2.235.000 al momento della stipula del contratto assumendosi i conseguenti oneri durante l'esecuzione del rapporto di servizio, dall'altro, che la sua offerta dimostri, nel complesso ed *ex ante*, la remuneratività (anche ridotta) della gestione del servizio.

Sono inconfigurabili anche le mende procedurali in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante in sede di giudizio di non anomalia.

Sul punto il collegio osserva che:

a) in base al tenore testuale dell'art. 6 del disciplinare (pagina 13), l'amministrazione aveva la facoltà e non l'obbligo di sottoporre a verifica le offerte che avevano conseguito un punteggio superiore a 80;

b) come risulta dal verbale di gara in data 11 marzo 2011 la commissione ha esaminato i giustificativi a corredo dell'offerta aggiudicataria ritenendoli congrui e reputando non necessario procedere ad ulteriore verifica integrativa;

c) quanto alla natura ed all'oggetto del giudizio di non anomalia, ed ai limiti del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo, il collegio aderisce al tradizionale orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. St., sezione V, decisione 20 giugno 2011, n. 3675; sez. V, 13 febbraio 2010, n. 741, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), secondo cui:

I) il giudizio di valutazione di anomalia dell'offerta è espressione di un potere ampiamente discrezionale connotato da elementi di tecnicismo non direttamente sindacabili dal giudice amministrativo, salvo che non trasmodi nella manifesta abnormità;

II) la discrezionalità tecnica, ossia quel tipo di attività valutativa che comporta l'utilizzo di cognizioni tecniche specialistiche, è assimilabile al merito, vale a dire al concetto di opportunità dell'azione amministrativa, con conseguente preclusione al giudice amministrativo di qualsiasi sindacato di tipo intrinseco;

III) si deve distinguere tra potere tecnico discrezionale della pubblica amministrazione e potere di valutazione o accertamento tecnico che si ha quando la verifica demandata all'amministrazione è da condurre applicando non già regole dal risultato opinabile, bensì regole che, tratte da scienze esatte, consentano di approdare ad un risultato certo e ripetibile;

IV) la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente istruita ed motivata *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime non siano manifestamente illogiche (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

11.3. Con il terzo motivo (pagine 12 – 17), si lamenta l'incongruità dei punteggi assegnati in sede di valutazione dell'offerta tecnica e la superficialità della motivazione, che hanno condotto all'attribuzione del medesimo punto di merito complessivo ad entrambe le imprese (37 su 40 punti massimi).

11.3.1. Il motivo è inammissibile ed infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

11.3.2. Per quanto concerne i dedotti profili di incoerenza e sproporzione del punteggio, il collegio rileva che tali censure sollecitano inammissibilmente il giudice amministrativo ad un sindacato di merito al di fuori dei tassativi casi contemplati dall'art. 134 c.p.a.; sul punto si condivide quanto affermato con nettezza dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cass. civ., sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), ovvero che il giudice amministrativo, adito in sede di legittimità in relazione a procedure comparative, deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione elaborati dall'amministrazione nonché la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, tranne il caso in cui siano in contrasto con il diritto positivo (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

11.3.3. Le censure sono anche infondate perché:

a) in sede di valutazione delle offerte il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sui singoli elementi tecnici allorquando (come nel caso di specie), la *lex specialis* della gara abbia predeterminato in modo puntuale i parametri di misurazione degli stessi (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2008, n. 6290; sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.);

b) la commissione ha motivato in modo sintetico ma esaustivo l'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici (cfr. verbale della seduta dell'11 marzo 2011).

11.4. Con il quarto motivo (pagine 17 – 19), si deduce la violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, nonché la violazione dell'art. 84, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006, sotto il profilo della partecipazione alla commissione di gara di un soggetto, esterno alla compagine della stazione appaltante, che, in precedenza, aveva svolto attività di consulenza nella preparazione degli atti di gara (nella specie si deduce che il dott. De Lucia ha contribuito a stimare il valore degli impianti al fine di determinare l'indennizzo da attribuirsi al gestore uscente del servizio).

11.4.1. Il mezzo è infondato.

11.4.2. In fatto giova precisare che:

a) il disciplinare non ha previsto l'applicazione dell'art. 84 cit. alla procedura di selezione del gestore del pubblico servizio;

b) nell'assodato presupposto dell'inapplicabilità dell'art. 84 cit., il responsabile della procedura ha nominato il dott. De Lucia, dopo aver valutato, alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio, che quest'ultimo si era limitato a svolgere attività di mera consulenza in favore dell'amministrazione (cfr. determinazione n. 8 del 1° marzo 2011);

c) il dott. De Lucia ha effettuato una consulenza avente ad oggetto la stima contabile del valore dell'indennizzo da attribuire al gestore uscente; tale stima ha costituito la base di calcolo della deliberazione della giunta comunale che ha determinato, in concreto, l'importo dell'indennizzo (per altro maggiorandolo rispetto a quello stimato dal consulente) e che, a sua volta, ha consentito la stipula di apposita transazione con il gestore uscente.

11.4.3. Come noto l'art. 30 del codice dei contratti, conformemente al diritto comunitario, esclude dall'ambito applicativo del codice gli affidamenti dei servizi pubblici, imponendo, però che la scelta del gestore del servizio avvenga nel rispetto dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza (di libertà di stabilimento, di prestazione dei servizi ecc.), nonché di quelli nazionali generali relativi ai contratti pubblici (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250); per quanto di interesse viene in rilievo il principio di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa.

L'art. 84, co. 4, cit. stabilisce che <<*I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*>>.

Come dianzi accennato deve escludersi che in sede di auto vincolo l'amministrazione abbia richiamato l'art. 84 cit.; il che è sufficiente a respingere il relativo mezzo.

La censura si rileva in ogni caso infondata anche volendo ritenere che il citato comma 4 espliciti un principio generale di settore applicabile alle procedure di scelta dei gestori di servizi pubblici.

In una con la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168; sez. V, 24 marzo 2011, n. 24; sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1255; sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2; sezione V, 22 giugno 2010, n. 3890 cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), la sezione osserva che:

a) in applicazione dell'art. 30 cit., la lesione dell'imparzialità e della trasparenza deve essere accertata in concreto (salvo il diverso caso di diretta violazione di diverse e ulteriori norme che del principio ex art.30 siano corollari positivizzati) non essendo sufficiente la mera potenzialità lesiva della condotta sospetta;

b) la causa di incompatibilità sancita dall'art. 84, co.4, cit. è di stretta interpretazione e deve essere letta in correlazione con l'obbligo di astensione (delimitato ai casi di cui all'art. 51 c.p.c.), sancito dal comma 7 del medesimo articolo 84; essa richiede, pertanto, che il componente della commissione abbia agito nell'interesse proprio o in quello di una delle imprese concorrenti;

c) il giudizio positivo di incompatibilità presuppone che l'attività svolta dal membro della commissione si rifletta in via immediata e diretta sulla procedura di gara, sicché esso non può riferirsi ai funzionari della stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto (come la progettazione o il controllo sulla progettazione posta a base di gara), ovvero a quanti abbiano svolto semplice attività di consulenza sulla documentazione di gara.

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, è evidente che il dott. De Luca non risulta aver agito in conflitto di interessi, essendosi limitato a fornire una consulenza estimativa, per altro, su aspetti estrinseci rispetto al contenuto vero e proprio della gara e dell'appalto.

11.5. Con il quinto ed ultimo motivo (pagine 19 – 22), si deduce l'illegittimità della legge di gara per violazione dell'art. 83, co. 2 e 4, del codice dei contratti, sotto il profilo della mancata puntuale indicazione, dei sub criteri, dei sub pesi e dei sub punteggi indispensabili per valutare l'offerta tecnica.

11.5.1. Il motivo è infondato in fatto; sul punto, invero, è sufficiente rinviare alla piana lettura dell'art. 5 del disciplinare (pagine 9 – 11); parimenti inconsistente, per le ragioni illustrate al precedente punto 11.3., è la censura di insufficienza della sintesi della motivazione effettuata dalla commissione di gara.

12. Il rigetto dell'originario ricorso di primo grado rende improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dalla ditta Unigas.

13. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere l'appello e riformare conseguentemente l'impugnata sentenza.

14. Nella particolare complessità delle questioni giuridiche trattate, il collegio ravvisa eccezionali ragioni, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., per compensare integralmente fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio ivi incluse quelle afferenti alla verifica.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso principale di primo grado proposto da A2a Reti Gas s.p.a. e dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Unigas Distribuzione s.r.l.;

b) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio ivi comprese quelle relative alla disposta verifica.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

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