

L' art. 81 del regolamento di contabilità dello Stato di cui al R.D. 23 maggio 1924 n. 827 ammette che nelle aste pubbliche le offerte possano essere presentate da procuratori speciali per un determinato appalto, muniti di procura autentica, con esclusione espressa della possibilità di avvalersi di procure generali: non è ammissibile una ratifica successiva o una regolarizzazione, non trattandosi, nella specie, di sanare difetti meramente formali od errori materiali in quanto la sottoscrizione dell' offerta economica si configura come adempimento sostanziale

come deve comportarsi una Stazione appaltante che riceve un'offerta da parte di una ditta partecipante in Ati sottoscritta dal direttore amministrativo e commerciale, autorizzato dal consiglio d' amministrazione a sottoscrivere la sola domanda di partecipazione alla gara e non anche munito di procura speciale per sottoscrivere l'offerta economica? l'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, allorché questo intervenga dopo la stipula del contratto di appalto, produce quale effetto (autoesecutivo) l' inefficacia di quest' ultimato?

Il Consiglio di Stato non ha dubbi: poiché la persona che ha sottoscritto l'offerta non era il rappresentante legale della società, né aveva avuto attribuita procura a sottoscrivere l' offerta economica, la Società non poteva essere ammessa a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica: < Anche se si volesse accedere ad una interpretazione estensiva, fatta propria dal giudice di prime cure, del contenuto della citata delibera 1° dicembre 2005 del consiglio d' amministrazione, ugualmente la sottoscrizione dell' offerta sarebbe invalida, perché il direttore amministrativo e commerciale non era munito di procura speciale. Agli atti di gara è stata depositata la sola copia del verbale contenente la deliberazione 1° dicembre 2005 del c.d.a. e non anche la procura autentica come richiesto dall' art. 81 del r.d. n. 827 del 1924.> _ La presentazione di un' offerta da parte di un' associazione temporanea, anche se non ancora costituita, è ammissibile se la stessa è validamente sottoscritta da parte di tutti i soggetti che costituiranno l' associazione (in tale senso: l' art. 13, quinto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109). _ La carenza o l'invalidità della sottoscrizione da parte di uno solo dei soggetti che costituiranno il raggruppamento comporta l' esclusione dalla gara, a prescindere da un' espressa comminatoria prevista nel bando. _ Verrebbe a mancare una dichiarazione di volontà che è componente essenziale del consenso negoziale, anche in funzione di garanzia della serietà e affidabilità dell' offerta stessa. _ **Vi è un nesso di presupposizione ed interdipendenza che lega la fase pubblicistica dell' evidenza pubblica alla successiva stipulazione e l'aggiudicazione si configura come un presupposto di efficacia del contratto. Il sopravvenire di un' "inidoneità funzionale" che colpisce il negozio, per l' incidenza ab esterno di interessi giuridici di rango posizione incompatibili con l' interesse negoziale, ne congela l' efficacia.** Il contratto non viene in rilievo sotto il profilo genetico (validità o invalidità). _ Su un piano processuale il giudice amministrativo non può emettere una decisione con effetti costitutivi (di nullità, di annullamento o di risoluzione del contratto; decisione che spetta al giudice civile in via principale), **ma meramente dichiarativa della sopraggiunta inefficacia, pronunciata in via incidentale strumentalmente alla richiesta di risarcimento in forma specifica sulla quale la legge gli attribuisce competenza.** _ Per l' art. 244, co. 1°, del d.lgs n. 163 del 2006 (norma da avere a riferimento, avendo l' art. 256 del d.lgs n. 163 del 2006 abrogato l' art. 6, co. 1, della l. n. 205 del 2000) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, "ivi incluse quelle risarcitorie", ad opera di soggetti aggiudicatari comunque tenuti all' applicazione delle norme comunitarie o alle regole d' evidenza pubblica.

Merita di essere segnalata la decisione numero 6292 del 17 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 7 gennaio 2009, emessa dal Consiglio di Stato e di cui riportiamo il seguente passaggio:

< La circostanza che l' offerta è stata sottoscritta, in forza di procura notarile, per la soc. BETA3 s.a. da Jorge Diaz Crespo C., che nel contempo era anche amministratore delegato della soc. BETA, non modifica le conclusioni rese.

Solo il Consiglio d' Amministrazione è titolare di ogni potere ed a lui solo spetta delegarli al presidente e/o all' amministratore delegato (cfr. art. 2381 cc.).

Così come è richiesto dall' art. 81 del regolamento di contabilità dello Stato (R.D. 23 maggio 1924 n. 827), il sig. Crespo C. avrebbe dovuto depositare in atti la delibera del consiglio d' amministrazione che precisava ed indicava l' ambito della sua possibile azione . Peraltro il sig. Crespo C. ha sottoscritto l' offerta per la sola soc. . BETA3 s.a. e non anche per la soc. BETA .

Né è ammissibile una ratifica successiva o una regolarizzazione, non trattandosi, nella specie, di sanare difetti meramente formali od errori materiali in quanto la sottoscrizione dell' offerta economica si configura come adempimento sostanziale.

L' art. 1399 c.c. contempla l' ipotesi di un contratto concluso da un rappresentante senza averne i poteri o che ha agito eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli.

Trattasi di disposizione volta a regolare rapporti tra privati e non estensibile alle gare ed ai contratti ad evidenza pubblica, settore nel quale operano norme dirette alla tutela di un interesse pubblico generale (si abbia a riferimento, in particolare, l' art. 13, quinto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109) e del principio della par condicio, senza possibilità di esenzione dalla loro osservanza; le stesse devono essere considerate imperative per cui la loro violazione non è suscettibile di "sanatoria" mediante una successiva produzione documentale o la valutazione del comportamento successivamente tenuto, salvo che una specifica norma pubblicistica non lo preveda.>

Ma non solo

< Non ignora il Collegio la sentenza 28 dicembre 2007 n. 27169 con la quale Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha interpretato l' art. 244 del d.lgs n. 163-2006 nel senso che la giurisdizione del giudice civile sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione della gara.

Tali conclusioni erano già rinvenibili in precedenti pronunzie della Corte di Cassazione (cfr. Cass., Sez. Un. 19 aprile 2004 n. 76461; id. 22 luglio 2002 n. 10726; id. 30 marzo 2000 n. 72).

L'esclusione di un potere di cognizione diretta del giudice amministrativo in ordine all'invalidità o all'inefficacia del contratto, con attitudine di giudicato, non esclude tuttavia la possibilità di una cognizione incidentale. L'art. 8 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (ma già l'art. 28 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) autorizza il giudice amministrativo, nelle materie (ovvero nei settori di materia) in cui non ha giurisdizione, a decidere "con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale".

Per l' art. 244, co. 1°, del d.lgs n. 163 del 2006 (norma da avere a riferimento, avendo l' art. 256 del d.lgs n. 163 del 2006 abrogato l' art. 6, co. 1, della l. n. 205 del 2000) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, "ivi incluse quelle risarcitorie", ad opera di soggetti aggiudicatari comunque tenuti all' applicazione delle norme comunitarie o alle regole d'evidenza pubblica.

Già in precedenza, in forza dell' art. 35, 1 co., del d.lgs 31 marzo 1998 n. 80 (come novellato dall' art. 7, co. 1°, lett. c, della l. n. 205 del 2000) il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, poteva disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Le dette norme attribuiscono una potestà cognitiva piena che ha trovato una sua ratifica nelle sentenze n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 140 del 2007 della Corte Costituzionale per la quale nella giurisdizione amministrativa il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio, in armonia con l' art. 24 della

Costituzione. **In tale modo è concentrata l'intera protezione dell'interessato in un unico giudice, idoneo ad offrire la piena tutela oltre agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi costituzionalmente garantiti se coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (cfr. Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008 n. 1700).**

Allo stato è certo che il contratto stipulato in data 10 luglio 2007 (che, peraltro, non è stato portato ad esecuzione, neanche parzialmente) ha perso la sua efficacia.

Fa capo all'Amministrazione l'onere di portare ad esecuzione le ulteriori risultanze traibili dalla parte motiva della presente decisione, oltre che dal suo dispositivo, apportando le necessarie e consequenziali correzioni alla sua attività in sede di autotutela....>

.giurisprudenza correlata:

La salvaguardia dei valori della concorrenza deve essere garantita in tutte le procedure ad evidenza pubblica attraverso l'osservanza delle norme sul Trattato relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), ed alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti).

Una cospicua fetta di prescrizioni in tema di procedure di evidenza, specie di derivazione comunitaria, esprimono, nell'ottica della tutela dell'interesse generale e della sfera giuridica dei soggetti partecipanti alla procedura, i principi fondamentali della concorrenza e del mercato e danno sfogo ai valori dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dalla Costituzione in stretto collegamento con canoni fondamentali di ordine pubblico: tale prospettiva è decisamente irrobustita dalle regole comunitarie, per tali intendendo sia le disposizioni specifiche che reggono le procedure sopra soglia che i principi del Trattato in materia di concorrenza estesi anche alle fattispecie sotto soglia (Corte Giustizia, Ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00; Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche Comunitarie 6 giugno 2002, in GU 31 luglio 2002, n. 178), finalizzate non certo alla tutela dell'interesse egoistico del paciscente pubblico ma alla salvaguardia dei valori della concorrenza e, quindi, della libertà competitiva delle singole imprese di giocare le proprie chances in seno ad una procedura all'uopo calibrata..

E' importante segnalare alcuni passaggi tratti dalla decisione numero 2332 del 5 maggio 2003 emessa dal Consiglio di Stato

< Nella sostanza i precetti comunitari danno vita ad una gara europea in attuazione di inderogabili principi del Trattato, tra i quali vengono in particolare in rilievo, senza pretesa di esaustività, le norme di stampo imperativo, anche alla luce della primauté del diritto comunitario ora costituzionalizzata nel nuovo testo dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione, che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); nonché le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), ed alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti).

Le norme sull'evidenza pubblica, interna e comunitaria, plasmano allora un complesso rapporto amministrativo in seno al quale l'amministrazione aggiudicatrice è soggetto in certa misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza e, quindi, anche all'interesse particolare delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla tutela ed alla stimolazione della dinamica competitiva.>

In buona sostanza quindi:

< Non è allora corretto, nella sua perentorietà, l'assunto secondo il quale il procedimento amministrativo di evidenza pubblica andrebbe qualificato, sul piano civilistico, come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica sì da dare luogo ad un contratto annullabile su iniziativa del solo contraente pubblico.>

la domanda a cui il Supremo Giudice amministrativo deve rispondere è la seguente:

che fine fa un contratto di appalto la cui aggiudicazione è risultata illegittima?

< La caratterizzazione imperativa delle prescrizioni violate e la funzionalizzazione di queste alla tutela dell'interesse delle imprese rende invece più plausibile, salve le precisazioni che verranno in seguito svolte, la ricostruzione che configura una causa di nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'articolo 1418, primo comma c.c., con conseguente legittimazione aperta ai sensi dell'articolo 1421 c.c. (Conf Consiglio di Stato, sezione V 5 marzo 2003, n. 1218); ovvero, quella, parimenti capace di soddisfare le esigenze sopra prospettate, che, prendendo spunto dal rilievo che **l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione, conclude, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, nel senso che l'inefficacia dell'atto amministrativo ex tunc travolto dall'annullamento giurisdizionale comporta anche la caducazione immediata, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio.**>

quindi l'adito giudice non si trova d'accordo con la tesi che solo la pa può annullare il contratto:

< Sul piano dell'equità sostanziale e, soprattutto, dell'effettività della tutela giurisdizionale appare addirittura originale che l'amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme di evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto quando le illegittimità accertate nel procedimento di evidenza pubblica, ben diversamente da quanto accade nella logica civilistica dei vizi della volontà causativi dell'annullabilità del negozio, di regola non sono subite dall'amministrazione, ma sono da questa provocate. Non meno illogica appare una soluzione per effetto della quale spetterebbe al soggetto soccombente nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione (la pubblica amministrazione) decidere se promuovere l'annullamento del contratto ovvero vanificare con l'inerzia l'effetto utile sul piano specifico della pronuncia giudiziaria.>

Si deve ancora sciogliere l'alternativa se la violazione della normativa di gara configuri una causa di nullità del contratto ovvero ponga un problema non di patologia propria ma di caducazione automatica degli effetti della stipulazione.

< Il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, laddove mira a tutelare interessi obiettivi dell'ordinamento anche nella ricordata prospettiva comunitaria, assume la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto, qualificazione pacificamente riconosciuta all'approvazione.

Ne deriva che, così come è pacifico che l'approvazione del contratto mira ad operare un accurato controllo sul procedimento di evidenza pubblica con l'effetto che il relativo annullamento travolge gli effetti della stipulazione, non si vede perché lo stesso effetto condizionante non debba essere riconosciuto anche alla fase sostanziale di aggiudicazione; di qui il corollario che anche l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia.

Appare dunque condivisibile il criterio adottato dai primi giudici, che sono pervenuti alla individuazione dell'entità del risarcimento nell'utile ricavato dalla stipulazione delle polizze conseguenti alla attribuzione del servizio in questione.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N.6292/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N 1852 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1852 del 2008 proposto dalla società ALFA S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell' ATI tra la detta società e la ALFA2 Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall' avv. Stefano Crisci con domicilio eletto in Roma via Parigi n. 11;

contro

la Regione Abruzzo, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall' Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

della soc. BETA, in proprio e quale mandataria dell' ATI tra la detta società, BETA2 s.r.l. e BETA3 S.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Cesidio Gualtieri, Laura Pierallini, Umberto Irti, con domicilio eletto presso la seconda in Roma, viale Liegi n. 28;

per l' annullamento /la riforma

della sentenza 12 febbraio 2008 n. 51, resa dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo- sede l'Aquila;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società BETA s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'ATI tra la detta società, BETA2 s.r.l. e BETA3 S.A., e della Regione Abruzzo;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 3 giugno 2008, il Cons. Giancarlo Giambartolomei;

Uditi l'avv.to S.Crisci, l'avv.to L.Pierallini, l'avv.to U.Irti, l'avv.to C.Gualtieri e l'avv.to dello Stato G.Palatiello;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso notificato il 28 febbraio 2008 la soc. ALFA S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI tra la detta società e la ALFA2 Italia S.p.a., ha chiesto la riforma della sentenza n. 51 del 2008 con cui il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione (provvisoria e quella definitiva) alla controinteressata BETA s.r.l. del servizio di elisoccorso per emergenza sanitaria della Regione Abruzzo.

La costituenda ATI, con capogruppo la soc. ALFA S.p.a. appellante, si era classificata seconda con punti 82,69, mentre alla prima classificata erano stati assegnati punti 85,837.

La soc. ALFA ha proposto i motivi già dedotti in primo grado:

-di indebita sottoscrizione dell'offerta economica per la controinteressata soc. BETA s.r.l. da parte del sig. Domenico Loris S. che non rivestiva la qualifica di rappresentante legale della società ma solo di direttore amministrativo;

-d'erronea attribuzione di due punti alla R.T.I. aggiudicataria, non dovuti per la mancanza da parte della soc. BETA3 di un COA (Certificazione di operatore aereo)

secondo la normativa sulle attività elicotteristiche denominata Jar OPS 3;

-di difetto di motivazione in ordine al punteggio della sezione servizi e forniture aggiuntive;

-d' eccesso di potere per aver la Commissione attribuito un punteggio anche al numero di personale tecnico logistico eccedente il numero richiesto.

Con controricorso, appello incidentale condizionato e successiva memoria la soc. BETA, in proprio e quale mandataria dell' ATI tra la detta società, BETA2 s.r.l. e BETA3 S.A., ha eccepito l'inammissibilità dell' appello per difetto di giurisdizione, nella parte in cui l' impugnazione è diretta all' annullamento del contratto stipulato tra essa società BETA e la Regione Abruzzo, e perchè la domanda non è stata introdotta già nel giudizio di primo grado; controdedotto ai motivi dell' appello principale, ha poi riproposto il motivo dell' inidoneità dell' offerta tecnica della soc. ALFA, odierna appellante, che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (uno dei due elicotteri non era munito di "galleggianti di emergenza sempre disponibili in base installabili e rimovibili in breve tempo", così come richiesto dal capitolato).

La Regione Abruzzo si è costituita per mezzo dell' Avvocatura generale dello Stato ed ha prodotto documenti e memoria illustrativa delle proprie difese.

Nel corso del giudizio di prima grado è stata respinta la domanda cautelare di sospensione con ordinanza n. 196 del 27 giugno 2007, riformata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 4194 del 31 luglio 2007.

E' stata ritenuta fondata la censura dell' invalidità dell' offerta economica della soc. BETA s.r.l. perchè sottoscritta dal direttore amministrativo e non dal rappresentante legale.

DIRITTO

1.- La controversia ha a suo oggetto la procedura aperta per l'assegnazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di elisoccorso per emergenza sanitaria della Regione Abruzzo (basi di L'Aquila e Pescara).

Avverso l'aggiudicazione (provvisoria e quella definitiva) alla controinteressata BETA s.r.l. la società ALFA S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI tra la detta società e la ALFA2 Italia S.p.a., ha proposto ricorso in primo grado respinto con sentenza n. 51 del 2008.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo-l'Aquila ha, tra l'altro, non condiviso la censura di violazione e di falsa applicazione dell'art. 7 del capitolato generale di gara. (riproposta in appello).

2.-Il predetto art. 7, dando corretta applicazione dell'art. 13, quinto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, richiedeva ai concorrenti di includere all'interno della busta "C" il "modulo-offerta, compilato in ogni sua parte e sottoscritto, per accettazione, con firma leggibile e per esteso, dal legale rappresentante. In caso di raggruppamento dovrà essere sottoscritto dai legali rappresentanti di tutte le imprese raggruppate".

Il costituendo R.T.I. con capogruppo BETA incluse nella busta "A", contenente la documentazione amministrativa, una domanda di partecipazione alla gara per ciascuna delle tre società (BETA, BETA2 s.r.l. e BETA3 S.A.) che avrebbero formato il raggruppamento.

Per la soc. BETA il modulo offerta, contenente l'offerta economica ed incluso nella busta "C" e la domanda di partecipazione alla gara furono sottoscritti dal sig. Domenico Loris S. (direttore amministrativo e commerciale).

Con delibera del consiglio d'amministrazione 1° dicembre 2005 (pag. 14, punto 9) il sig.

S. era stato autorizzato a sottoscrivere la sola domanda di partecipazione alla gara.

Gli altri due soggetti firmatari dell'offerta economica per conto delle altre due società componenti il costituendo raggruppamento, il sig. Jorge Diaz Crespo C. per la BETA3 S.p.a. ed il sig. Alessandro P. per la BETA2 srl, erano muniti di poteri con procura autentica, sia per poter sottoscrivere la domanda di partecipazione, sia l'offerta economica.

Dunque, il sig. S. non era il rappresentante legale della società, né aveva avuto attribuita procura a sottoscrivere l'offerta economica.

Inoltre, l'art. 81 del regolamento di contabilità dello Stato di cui al R.D. 23 maggio 1924 n. 827 ammette che nelle aste pubbliche le offerte possano essere presentate da procuratori speciali per un determinato appalto, muniti di procura autentica, con esclusione espressa della possibilità di avvalersi di procure generali.

Anche se si volesse accedere ad una interpretazione estensiva, fatta propria dal giudice di prime cure, del contenuto della citata delibera 1° dicembre 2005 del consiglio d'amministrazione, ugualmente la sottoscrizione dell'offerta sarebbe invalida, perché il sig. S. non era munito di procura speciale. Agli atti di gara è stata depositata la sola copia del verbale contenente la deliberazione 1° dicembre 2005 del c.d.a. e non anche la procura autentica come richiesto dall'art. 81 del r.d. n. 827 del 1924.

La presentazione di un'offerta da parte di un'associazione temporanea, anche se non ancora costituita, è ammissibile se la stessa è validamente sottoscritta da parte di tutti i soggetti che costituiranno l'associazione (in tale senso: l'art. 13, quinto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109).

La carenza o l'invalidità della sottoscrizione da parte di uno solo dei soggetti che costituiranno il raggruppamento comporta l'esclusione dalla gara, a prescindere da un'

espressa comminatoria prevista nel bando.

Verrebbe a mancare una dichiarazione di volontà che è componente essenziale del consenso negoziale, anche in funzione di garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta stessa .

La circostanza che l' offerta è stata sottoscritta, in forza di procura notarile, per la soc. BETA3 s.a. da Jorge Diaz Crespo C., che nel contempo era anche amministratore delegato della soc. BETA, non modifica le conclusioni rese.

Solo il Consiglio d' Amministrazione è titolare di ogni potere ed a lui solo spetta delegarli al presidente e/o all' amministratore delegato (cfr. art. 2381 cc.).

Così come è richiesto dall' art. 81 del regolamento di contabilità dello Stato (R.D. 23 maggio 1924 n. 827), il sig. Crespo C. avrebbe dovuto depositare in atti la delibera del consiglio d' amministrazione che precisava ed indicava l' ambito della sua possibile azione . Peraltro il sig. Crespo C. ha sottoscritto l' offerta per la sola soc. . BETA3 s.a. e non anche per la soc. BETA .

Né è ammissibile una ratifica successiva o una regolarizzazione, non trattandosi, nella specie, di sanare difetti meramente formali od errori materiali in quanto la sottoscrizione dell' offerta economica si configura come adempimento sostanziale.

L' art. 1399 c.c. contempla l' ipotesi di un contratto concluso da un rappresentante senza averne i poteri o che ha agito eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli.

Trattasi di disposizione volta a regolare rapporti tra privati e non estensibile alle gare ed ai contratti ad evidenza pubblica, settore nel quale operano norme dirette alla tutela di un interesse pubblico generale (si abbia a riferimento, in particolare, l' art. 13, quinto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109) e del principio della par condicio, senza possibilità di esenzione dalla loro osservanza; le stesse devono essere considerate

imperative per cui la loro violazione non è suscettibile di “sanatoria” mediante una successiva produzione documentale o la valutazione del comportamento successivamente tenuto, salvo che una specifica norma pubblicistica non lo preveda.

La fondatezza della censura di violazione e falsa applicazione dell’ art. 7 del capitale generale comporta l’ accoglimento dell’ appello principale ed in accoglimento del ricorso proposto in primo grado, l’ esclusione dalla gara dell’ ATI controinteressata, con conseguente assorbimento (per difetto d’ interesse) delle ulteriori censure che attengono alle operazioni di gara ed all’ attribuzione dei punteggi.

3.- La soc. BETA s.r.l ha proposto appello incidentale (subordinato) volto all’ esclusione dalla gara della società appellante.

Non è condivisibile l’ assunto che l’ appello incidentale produca l’ effetto di paralizzare quello principale, per essere anch’ esso diretto all’ esclusione dell’ ATI controinteressata per cui deve essere esaminato con precedenza data la sua natura di eccezione diretta a far constatare in rito l’ assenza di una condizione dell’ azione (in tale senso cfr. Cons. St., sez.V, 8 maggio 2002 n. 2468).

Se così fosse all’ aggiudicatario verrebbe garantita un’ “iperprotezione” ed una posizione di favore venendo ad essere preferita la sua azione, uguale e contraria quanto ad oggetto (l’ esclusione dalla gara) a quella del ricorrente od appellante principale (Cfr Cons. St., Sez. V., 28 dicembre 2007 n. 5811).

Verrebbe, inoltre, meno la subalternità della controimpugnazione che esiste nella fase di sua proposizione e che deve esser mantenuta anche in sede di scrutinio;

è solo la delibazione della fondatezza del ricorso principale che fa sorgere l’ interesse della parte all’ esame della censura incidentale (Cfr Cons. St., Sez. V., n. 5811 del 2007 cit.; a fronte del contrasto di pronunzie, con ordinanza 5 giugno 2008 n. 26 la Sezione ha

investito della questione l' Adunanza Plenaria).

Nell' ipotesi che alla procedura concorsuale partecipino altri soggetti oltre al ricorrente principale e a quello incidentale, l' accoglimento contestuale del ricorso principale e di quello incidentale determinerebbe l' esclusione di entrambe le parti e la gara verrebbe aggiudicata ad un terzo.

Nella specie alla gara hanno partecipato quattro raggruppamenti di imprese.

Al termine dei lavori la Commissione ha compilato la seguente graduatoria: R.T.I. BETA, prima graduata con punti 46, 213; R.T.I. ALFA, seconda graduata con punti 43, 354; R.T.I. A., terza graduata, con punti 39, 886, R.T.I: GAMMA, quarta graduata con punti 28. 296.

E' evidente che in ipotesi di fondatezza anche dell' appello incidentale le prime due graduate verrebbero escluse dalla gara e verrebbe dichiarata aggiudicataria la R.T.I., terza graduata.

Persa l' aggiudicazione, dall' esclusione della seconda graduata la R.T.I:BETA non conseguirebbe l'utilità strumentale dell' indizione di una seconda gara.

Si aggiunga che il giudice non è libero di stabilire da sé quale sia l'interesse che l' appellante principale o incidentale intende tutelare. Nel caso in esame, la domanda di entrambe le società era diretta a tutelare il loro interesse all'aggiudicazione dell'appalto e non anche al travolgimento integrale della procedura.

Peraltro, il motivo dell' inidoneità tecnica dell' offerta della soc. ALFA, dedotto con l' appello incidentale, è infondato.

L' allegato A del capitolato di gara prevedeva tra gli elementi da verificare "entro e non oltre 10 giorni prima dell' inizio del servizio" l' equipaggiabilità degli elicotteri offerti con "galleggianti di emergenza sempre disponibili in base. Installabili e rimovibili in breve

tempo”.

La certificazione degli equipaggiamenti indicati nell' predetto allegato A doveva essere posseduta non al momento della consegna delle buste ma entro il termine di 10 giorni prima dell' inizio del servizio. L' eventuale mancanza degli equipaggiamenti richiesti e della relativa certificazione, decorso il termine di 10 giorni prima dell' inizio del servizio avrebbe determinato la “decadenza “ dall' aggiudicazione e non l' esclusione dalla gara.

La soc. ALFA, quale titolare di un contratto d' affidamento temporaneo per la gestione del servizio di elisoccorso, con durata fino al 30 giugno 2008, è stata già sottoposta a positiva verifica di rispondenza al capitolato degli elicotteri offerti e dei loro equipaggiamenti.

4.-Occorre verificare, conseguendo dall' accoglimento dell' appello principale e dal rigetto di quello incidentale, l' aggiudicazione della gara a favore della ATI con capogruppo la soc. ALFA s.p.a, quale sia la sorte del contratto 10 luglio 2007, stipulato dalla Regione Abruzzo con il rappresentante dell' impresa mandataria del raggruppamento controinteressato.

Tale verifica è espressamente richiesta con l' atto d' appello principale.

L' istanza di verifica è evidentemente intesa a conseguire il risarcimento del danno in forma specifica, subordinatamente all' annullamento del provvedimento d' aggiudicazione alla prima graduata.

Nelle conclusioni rese con l' atto d' appello principale letteralmente è chiesto che si provveda “ a definire la gara in oggetto a favore delle ricorrenti ALFA S.p.A. ed ALFA2 Italia S.p.A.”.

La domanda di annullamento dell'aggiudicazione, . ammissibile per la prima volta in grado d' appello (cfr. Cons.St., sez.IV, 30 gennaio 2006 n. 290), contiene in sè, implicita,

quella di risarcimento in forma specifica "sub specie" di pretesa al conseguimento dell'appalto in luogo dell'aggiudicataria soccombente.

Non ha, conseguentemente ingresso l'eccezione di inammissibilità di detta domanda sotto tale profilo.

4.-1.-Il risarcimento del danno mediante integrazione in forma specifica è ammessa nei casi in cui l'interesse leso dal provvedimento rimosso è di tipo oppositivo, in quanto all'effetto demolitorio si accompagnano effetti autoesecutivi dell'annullamento ed il ripristino della preesistente situazione di fatto e di diritto (salva la verifica in termini di onerosità prevista dall'art. 2058,co2.cc.).

Se è stata fatta questione di lesione di interessi pretensivi, all'annullamento conseguono effetti conformativi per i quali l'Amministrazione è tenuta a rinnovare l'atto nel rispetto della legalità.

In questa seconda ipotesi l'attenzione si sposta necessariamente dal risarcimento in forma specifica in genere all'esecuzione di un obbligo specifico (e dunque alla fase processuale di esecuzione nella quale è anche possibile, il risarcimento in forma specifica, ove ne permangano le condizioni).

Se, invece, come nel caso di cui è controversia, è annullata l'aggiudicazione di una gara, si possono verificare, oltre ad effetti sicuramente conformativi (per i quali l'Amministrazione è tenuta alla rinnovazione del procedimento a partire dall'atto viziato e per la parte di esso affetto da vizi), anche effetti autoesecutivi che seguono la fase meramente demolitoria e che rappresentano una modalità di risarcimento in forma specifica.

Secondo un indirizzo di questa Sezione, di recente ribadito (cfr. decisione 12 febbraio 2008 n. 490; id 28 maggio 2004, n. 3465), l'annullamento dell'aggiudicazione in sede

giurisdizionale, allorché questo intervenga dopo la stipula del contratto di appalto, produce quale effetto (autoesecutivo) l'inefficacia di quest'ultimo.

Vi è un nesso di presupposizione ed interdipendenza che lega la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica alla successiva stipulazione e l'aggiudicazione si configura come un presupposto di efficacia del contratto (Cons. St., VI, n. 2332/2003, IV, n. 6666/2003). Il sopravvenire di un' "inidoneità funzionale" che colpisce il negozio, per l'incidenza ab esterno di interessi giuridici di rango posizione incompatibili con l'interesse negoziale, ne congela l'efficacia (cfr. Cons. Stato, V, n. 7402/2006; id., n. 6579/2005; id., n. 5194/2005; id., 7346/2004). Il contratto non viene in rilievo sotto il profilo genetico (validità o invalidità).

Su un piano processuale il giudice amministrativo non può emettere una decisione con effetti costitutivi (di nullità, di annullamento o di risoluzione del contratto; decisione che spetta al giudice civile in via principale), ma meramente dichiarativa della sopraggiunta inefficacia, pronunciata in via incidentale strumentalmente alla richiesta di risarcimento in forma specifica sulla quale la legge gli attribuisce competenza.

Non ignora il Collegio la sentenza 28 dicembre 2007 n. 27169 con la quale Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha interpretato l'art. 244 del d.lgs n. 163-2006 nel senso che la giurisdizione del giudice civile sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione della gara.

Tali conclusioni erano già rinvenibili in precedenti pronunzie della Corte di Cassazione (cfr. Cass., Sez. Un. 19 aprile 2004 n. 76461; id. 22 luglio 2002 n. 10726; id. 30 marzo 2000 n. 72).

L'esclusione di un potere di cognizione diretta del giudice amministrativo in ordine

all'invalidità o all'inefficacia del contratto, con attitudine di giudicato, non esclude tuttavia la possibilità di una cognizione incidentale. L'art. 8 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (ma già l'art. 28 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) autorizza il giudice amministrativo, nelle materie (ovvero nei settori di materia) in cui non ha giurisdizione, a decidere "con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale"..

Per l' art. 244, co. 1°, del d.lgs n. 163 del 2006 (norma da avere a riferimento, avendo l' art. 256 del d.lgs n. 163 del 2006 abrogato l' art. 6, co. 1, della l. n. 205 del 2000) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, "ivi incluse quelle risarcitorie", ad opera di soggetti aggiudicatari comunque tenuti all' applicazione delle norme comunitarie o alle regole d'evidenza pubblica.

Già in precedenza, in forza dell' 35, 1 co., del d.lgs 31 marzo 1998 n. 80 (come novellato dall' art. 7, co. 1°, lett. c, della l. n. 205 del 2000) il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, poteva disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Le dette norme attribuiscono una potestà cognitiva piena che ha trovato una sua ratifica nelle sentenze n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 140 del 2007 della Corte Costituzionale per la quale nella giurisdizione amministrativa il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio, in armonia con l' art. 24 della Costituzione. In tale modo è concentrata l' intera protezione dell'interessato in un unico giudice, idoneo ad offrire la piena tutela oltre agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi costituzionalmente garantiti se coinvolti nell' esercizio della funzione amministrativa (cfr. Cons. St., sez. V,

14 aprile 2008 n. 1700).

Allo stato è certo che il contratto stipulato in data 10 luglio 2007 (che, peraltro, non è stato portato ad esecuzione, neanche parziale) ha perso la sua efficacia.

Fa capo all'Amministrazione l'onere di portare ad esecuzione le ulteriori risultanze traibili dalla parte motiva della presente decisione, oltre che dal suo dispositivo, apportando le necessarie e consequenziali correzioni alla sua attività in sede di autotutela.

5.- Per quanto sopra considerato e dedotto, accolto l'appello principale e respinto l'appello incidentale, in riforma della sentenza impugnata il ricorso in primo grado deve essere accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione alla soc. BETA s.r.l..

Il contratto stipulato in data 10/07/2007 deve essere dichiarato privo di efficacia.

Per la complessità delle questioni trattate, si ritiene equo compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, ...accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale ed in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso in primo grado; dichiara privo d'efficacia il contratto stipulato in data 10/07/2007.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 3 giugno 2008, con l'intervento dei Magistrati:

- Raffaele Iannotta -	Presidente
- Claudio Marchitello -	Consigliere
- Aniello Cerretto -	Consigliere

- Nicola Russo -

Consigliere

- Giancarlo Giambartolomei -

Consigliere,est.

L'ESTENSORE

f.to Giancarlo Giambartolomei

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/08

(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to Gaetano Navarra