

Deve essere impugnata anche l'aggiudicazione provvisoria o basta ricorrere a quella definitiva? a contratto stipulato ma a lavori non ancora iniziati, in caso di annullamento della prima aggiudicazione, può il giudice decidere per la legittima aggiudicazi

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'atto conclusivo del procedimento è costituito dall'aggiudicazione definitiva, che ha carattere costitutivo e non meramente ricognitivo. _ L'aggiudicazione provvisoria ha natura endoprocedimentale e, quindi, di regola, non è immediatamente lesiva degli interessi dei concorrenti non aggiudicatari pertanto. Va pertanto impugnata l'aggiudicazione definitiva in quanto questa soluzione garantisce anche le imprese concorrenti, perché solo in seguito all'aggiudicazione definitiva è possibile comprendere quale sia la concreta volontà provvedimentale dell'amministrazione, la qual ben potrebbe correggere eventuali illegittimità maturatesi nelle fasi precedenti. _ l'atto positivo di ammissione di un altro concorrente ad una procedura selettiva o comparativa non è immediatamente impugnabile.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 1360 del 28 marzo 2008, inviata per la pubblicazione in data 4 aprile 2008, del emessa dal Consiglio di Stato

< È vero, infatti, che l'illegittimità lamentata dal ricorrente si è verificata in una fase precedente l'aggiudicazione provvisoria, riverberandosi sull'atto finale della serie procedimentale. Tuttavia, solo in seguito all'aggiudicazione definitiva, la determinazione dell'amministrazione ha assunto rilevanza esterna, producendo effetti giuridici nella sfera dei terzi.>

Ma

<Proprio il principio di celerità e di economicità delle procedure concorsuali di affidamento dei pubblici appalti, richiamato dal comune, esige di individuare con precisione ed univocità l'atto impugnabile: l'aggiudicazione definitiva, che segna, di regola, la conclusione dell'iter procedimentale.>

In tema di risarcimento del danno inoltre:

< 47.

Le parti hanno concordemente dichiarato che il contratto è stato stipulato ma i lavori non sono ancora iniziati.

48.

Pertanto, l'effetto conformativo della presente decisione di annullamento determina il dovere dell'amministrazione di effettuare una nuova aggiudicazione dell'appalto in favore dell'appellante, collocato al secondo posto della graduatoria della selezione.

49.

L'esecuzione della pronuncia è idonea, pertanto, a realizzare pienamente l'interesse dell'appellante.

50.

Di conseguenza, non può essere esaminata la domanda di risarcimento del danno per equivalente,

proposta in via subordinata.>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1360 del 28 marzo 2008, inviata per la pubblicazione in data 4 aprile 2008, emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA

N.
1360/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3829
REG:RIC.

Il
Consiglio
di
Stato
in

sede
giurisdizionale,

Quinta
Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3829/2007, proposto da ALFA Consorzio Stabile a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la società ALFA BIS a responsabilità limitata, e dalla società ALFA BIS a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandante cooptata della costituenda A.T.I. con la società ALFA Consorzio Stabile a responsabilità limitata, rappresentate difese dagli ***** e ***** ed elettivamente domiciliate presso lo studio del secondo in Roma, Via Dardanelli, n. 13.

CONTRO

il comune di Roma, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocato ***** , ed elettivamente domiciliato presso la sede dell'Avvocatura Comunale, in Roma, Via Tempo di Giove, n. 21.

NONCHÉ CONTRO

il CONSORZIO BETA, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Associazione Temporanea di Imprese con le imprese BETA BIS SRL, BETA TER REMO & FIGLIO SRL

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, 12 aprile 2007, n. 3199.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 18 dicembre 2007, il Consigliere *****;

Uditi gli avv.ti *****, ***, e l'avvocato dello Stato *****, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1.

La sentenza impugnata ha respinto il ricorso dall'attuale appellante, per l'annullamento degli atti, adottati dal comune di Roma, concernenti l'aggiudicazione all'ATI capeggiata dal Consorzio BETA, dell'appalto integrato per l'allargamento della Via Tiburtina dal km 9,300 al km 15,8000, mediante la realizzazione

della sede stradale a due corsie per senso di marcia, del valore di euro 69.215.883,09, all'esito di procedura condotta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.

L'appellante ripropone le censure disattese dal tribunale.

3.

Le parti appellate resistono al gravame.

4.

Il comune di Roma articola un appello incidentale condizionato, con cui deduce l'irricevibilità del ricorso di primo grado.

DIRITTO

1.

La parte appellante, ricorrente in primo grado, si è classificata al secondo posto della graduatoria nella procedura per l'affidamento dell'appalto integrato per l'allargamento della Via Tiburtina dal km 9,300 al km 15,8000, mediante la realizzazione della sede stradale a due corsie per senso di marcia, del valore di euro 69.215.883,09, all'esito di procedura condotta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.

L'appalto è stato aggiudicato all'Associazione Temporanea di Imprese tra il CONSORZIO BETA (di seguito "CCC"), nella qualità di mandatario, e le imprese BETA BIS SRL,

..... SRL, nella qualità di mandanti e di imprese associate nell'esecuzione.

3.

Con il primo mezzo di gravame, l'appellante deduce che l'ATI aggiudicataria, costituita con atto pubblico del 13 febbraio 2006, sia stata illegittimamente ammessa alla procedura selettiva, in violazione della previsione contenuta nell'articolo 95, comma 2, del regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni, di cui al D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

4.

Secondo tale previsione, “Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria.”

5.

Il punto III.2.1. del bando di gara riproduceva analoga prescrizione, stabilendo che “in caso di concorrenti costituiti ai sensi dell’art. 10. comma 1, lettere d), e) ed e-bis) della legge 109/1994 e s.m.i. i requisiti di qualificazione devono essere posseduti, nella misura di cui all’articolo 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 qualora associazioni di tipo orizzontale, e nella misura di cui al comma 3 del medesimo articolo, per le associazioni di tipo verticale”.

6.

In punto di fatto, risulta indiscusso che due delle imprese facenti parte dell'ATI capeggiata da CCC (BETA TER Remo & Figlio s.r.l. e BETA BIS s.r.l.) non possiedono una qualificazione pari al 10% dei requisiti richiesti dal bando di gara.

7.

Secondo la sentenza appellata, tuttavia, tale circostanza non comporterebbe alcuna conseguenza sull'ammissibilità dell'ATI alla gara, considerando che l'impresa mandataria è comunque in possesso di una qualificazione ampiamente superiore al 100 % di quanto richiesto dal bando.

8.

Questa tesi non è condivisibile.

9.

Sul piano letterale, la disposizione regolamentare indica con chiarezza il requisito minimo della qualificazione richiesta alle imprese mandanti, fissata nella percentuale del 10% della misura richiesta dal bando.

10.

Infatti, nel secondo periodo, la disposizione contiene due distinti precetti. Uno indica che le imprese consorziate o associate possono possedere, insieme, fino al 40% della qualificazione complessivamente richiesta dal bando. L'altro stabilisce che, in ogni caso, le imprese associate devono avere almeno il 10% della qualificazione richiesta dal bando.

11.

L'autonomia delle due regole permette di superare l'impostazione seguita dalla sentenza del tribunale e ora riproposta dalle parti appellate. Qualora la mandataria sia in possesso, da sola, del 100% della qualificazione, non opera la prima parte della disposizione, perché non occorre integrare la qualificazione complessiva dell'associazione. Ma si applica la seconda parte della disposizione, perché, in ogni caso, ciascuna impresa deve possedere almeno il 10% della qualifica richiesta.

12.

Dunque, è esatta l'affermazione del tribunale, secondo il quale la norma non contiene la previsione di una qualificazione "massima" dell'impresa mandataria. Questa può possedere anche una qualificazione superiore al 100%. In tali circostanze, tuttavia, resta ferma la regola in forza della quale le altre imprese associate devono avere, a loro volta, la prescritta qualificazione.

13.

La previsione regolamentare non è irragionevole, perché sembra opportuno richiedere comunque una qualificazione minima alle imprese associate orizzontalmente, anche tenendo conto della circostanza che esse sono solidalmente responsabili dell'esecuzione dell'appalto, nei confronti dell'amministrazione, dei subappaltanti e dei fornitori, come previsto dall'articolo 13 della legge n. 109/1994.

14.

Non si può ritenere nemmeno che la previsione regolamentare sia “troppo gravosa”, perché, al contrario, essa risulta del tutto coerente con il principio di proporzionalità e adeguatezza tra la dimensione dell'appalto e i requisiti delle imprese che assumono l'impegno dell'esecuzione.

15.

La disposizione regolamentare, inoltre, è perfettamente coerente con la disciplina fissata a livello legislativo dall'articolo 13 della legge n. 109/1994, secondo la quale “La partecipazione alle procedure di affidamento delle associazioni temporanee e dei consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), è ammessa a condizione che il mandatario o il capogruppo, nonché gli altri partecipanti, siano già in possesso dei requisiti di qualificazione, accertati e attestati ai sensi dell'articolo 8, per la quota percentuale indicata nel regolamento di cui al medesimo articolo 8, comma 2, per ciascuno di essi in conformità a quanto stabilito dal D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55”.

16.

La norma legislativa stabilisce espressamente che tutti i partecipanti all'ATI debbano essere in possesso dei requisiti di qualificazione per una percentuale definita dal regolamento.

17.

A fronte di questa univoca previsione, il regolamento non poteva individuare alcun caso di esonero dal possesso di una determinata quota dei requisiti di qualificazione, nemmeno nell'ipotesi in cui la mandataria sia, da sola, titolare dei prescritti requisiti. Quindi, il D.P.R. n. 554/1999 ha puntualmente attuato la disposizione legislativa, individuando il limite quantitativo minimo percentuale del 10%.

18.

Le parti appellate svolgono un'ulteriore tesi difensiva, affermando che le due imprese prive della prescritta qualificazione dovrebbero considerarsi quali "imprese cooptate", le quali potrebbero essere associate nell'esecuzione dell'appalto, ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999.

19.

In forza di tale norma, "se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati".

20.

In linea di fatto, risulta che nell'ATI appellata le due imprese abbiano assunto la normale veste di imprese mandanti, senza che emerga alcun elemento idoneo a suffragare l'affermazione che esse siano, nella sostanza, imprese meramente cooptate.

21.

È appena il caso di rilevare, poi, che non si può trattare di un mero errore di scrittura della posizione assunta dalle due imprese. Infatti, risulta che l'ATI capeggiata da CCC abbia espressamente indicato due altre imprese come associate ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999 (.....

.....

22.

Né è possibile ipotizzare una sorta di "conversione" tardiva del ruolo rivestito dalle due imprese, considerando l'inderogabilità di divieto di modificazione della composizione delle associazioni temporanee di imprese.

23.

Al riguardo, va precisato che le imprese mandanti assumono un ruolo e una responsabilità ben diverse da quello spettante alle imprese associate nella sola esecuzione dei lavori.

24.

L'accoglimento del principale mezzo di gravame proposto dall'appellante rende superfluo l'esame degli ulteriori motivi di gravame riproposti dall'appellante, i quali, peraltro, risultano infondati.

25.

Infatti, non risulta comprovata, in punto di fatto, la doglianza dell'appellante, secondo cui l'aggiudicataria avrebbe omesso di presentare la dichiarazione del progettista prescritta dal punto 9 del disciplinare di gara.

26.

Priva di pregio e inammissibile, per difetto di interesse è, poi, la censura riguardante l'impegno, assunto dall'aggiudicataria, di una riduzione dei tempi di esecuzione pari a trenta giorni.

27.

Come ha correttamente evidenziato il tribunale, tale circostanza non ha influenzato il precedente esito della gara e l'attribuzione di punteggi alle diverse offerte. Pertanto, l'appellante non ha alcun interesse a far valere la prospettata censura.

28.

Con l'appello incidentale condizionato, il comune sostiene l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso di primo grado, sotto diversi profili.

29.

L'amministrazione afferma l'inammissibilità del ricorso, proposto contro l'atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto. A suo dire, avrebbe dovuto essere impugnata tempestivamente l'aggiudicazione provvisoria.

30.

La tesi del comune non può essere condivisa.

31.

La Sezione non ha motivo di discostarsi dal proprio orientamento interpretativo, secondo cui l'atto conclusivo del procedimento è costituito dall'aggiudicazione definitiva, che ha carattere costitutivo e non meramente ricognitivo.

32.

L'aggiudicazione provvisoria ha natura endoprocedimentale e, quindi, di regola, non è immediatamente lesiva degli interessi dei concorrenti non aggiudicatari.

33.

Per contrastare tale assunto, il comune richiama il principio in forza del quale una volta impugnato un provvedimento inserito in una sequenza procedimentale, non è necessario impugnare i successivi, "posto l'effetto caducante e non semplicemente viziante derivante, rispetto a tutti gli atti successivi, dall'annullamento del precedente".

34.

La giurisprudenza della Sezione, peraltro, si è orientata nel senso di ritenere che l'invalidità di un atto della serie procedimentale preordinata all'affidamento del contratto pubblico presenta, normalmente, effetti solo invalidanti degli ulteriori atti della procedura. Tale indirizzo si è consolidato, in particolare, per delineare la relazione fra l'illegittimità dell'atto di esclusione di un concorrente e l'aggiudicazione definitiva.

35.

In ogni caso, il principio interpretativo richiamato dal comune non è applicabile alla sequenza tra gli atti interni della sequenza procedimentale e l'atto conclusivo dell'iter.

36.

È vero, infatti, che l'illegittimità lamentata dal ricorrente si è verificata in una fase precedente l'aggiudicazione provvisoria, riverberandosi sull'atto finale della serie procedimentale. Tuttavia, solo in seguito all'aggiudicazione definitiva, la determinazione dell'amministrazione ha assunto rilevanza esterna, producendo effetti giuridici nella sfera dei terzi.

37.

Proprio il principio di celerità e di economicità delle procedure concorsuali di affidamento dei pubblici appalti, richiamato dal comune, esige di individuare con precisione ed univocità l'atto impugnabile: l'aggiudicazione definitiva, che segna, di regola, la conclusione dell'iter procedimentale.

38.

Questa soluzione garantisce anche le imprese concorrenti, perché solo in seguito all'aggiudicazione definitiva è possibile comprendere quale sia la concreta volontà provvedimento dell'amministrazione, la qual ben potrebbe correggere eventuali illegittimità maturatesi nelle fasi precedenti.

39.

Il comune richiama anche l'indirizzo secondo cui l'aggiudicazione provvisoria avrebbe effetti preclusivi dell'ulteriore partecipazione dei concorrenti non vincitori alla gara e, pertanto, dovrebbe essere tempestivamente contestata.

40.

L'indirizzo in questione, ormai minoritario, potrebbe trovare limitata applicazione nelle ipotesi in cui l'atto di aggiudicazione provvisoria contenga anche una determinazione specifica riguardante l'esclusione di uno dei partecipanti alla gara.

41.

Senza trascurare, poi, che il citato orientamento interpretativo si è spesso sviluppato in fattispecie nelle quali l'espressione "aggiudicazione provvisoria" indicava non già l'atto della commissione di gara, ma la determinazione del responsabile del procedimento sottoposta a particolari modalità di approvazione e controllo con efficacia retroattiva.

42.

Da un altro punto di vista, il comune sostiene che il ricorso sia tardivo e inammissibile, perché l'atto di aggiudicazione provvisoria conteneva anche la determinazione di ammissione del Consorzio alla procedura.

43.

Anche questa tesi non è persuasiva, considerando il costante indirizzo interpretativo secondo cui l'atto positivo di ammissione di un altro concorrente ad una procedura selettiva o comparativa non è immediatamente impugnabile.

44.

Non sembra rilevare, poi, l'ulteriore argomento esposto dal comune, incentrato sulla previsione di un rito accelerato speciale per le controversie dirette alla contestazione dei provvedimenti afferenti alle procedure selettive contrattuali (articolo 23-bis della legge n. 1034/1971).

45.

Al riguardo, è sufficiente osservare che le regole volte a disciplinare l'accelerazione del processo (in particolare, le disposizioni sul dimezzamento dei termini), non toccano in alcun modo il termine per la notificazione del ricorso di primo grado e, a maggiore ragione, non incidono sui principi generali concernenti l'ammissibilità del ricorso.

46.

L'accoglimento dell'appello principale comporta l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI di cui CCC è capogruppo mandataria, poiché l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara.

47.

Le parti hanno concordemente dichiarato che il contratto è stato stipulato ma i lavori non sono ancora iniziati.

48.

Pertanto, l'effetto conformativo della presente decisione di annullamento determina il dovere dell'amministrazione di effettuare una nuova aggiudicazione dell'appalto in favore dell'appellante, collocato al secondo posto della graduatoria della selezione.

49.

L'esecuzione della pronuncia è idonea, pertanto, a realizzare pienamente l'interesse dell'appellante.

50.

Di conseguenza, non può essere esaminata la domanda di risarcimento del danno per equivalente,

proposta in via subordinata.

51.

In definitiva, quindi, l'appello principale deve essere accolto, mentre l'appello incidentale deve essere respinto.

52.

Le spese possono essere compensate, considerando la complessità delle questioni giuridiche trattate.

Per Questi Motivi

Il **Consiglio di Stato in sede giurisdizionale**, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale, compensando le spese;

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento impugnato in primo grado;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 dicembre 2007, con l'intervento dei signori:

- Presidente

- Consigliere

- Consigliere Estensore

Caro *****

- Consigliere

- Consigliere

L'estensore

Il Presidente

f.to *****

f.to *****

Il Segretario

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28 marzo 2008

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

**p.IL
DIRIGENTE**

f.to *****

<https://www.diritto.it/deve-essere-impugnata-anche-l-aggiudicazione-provvisoria-o-basta-ricorrere-a-quella-definitiva-a-contratto-stipulato-ma-a-lavori-non-ancora-iniziati-in-caso-di-annullamento-della-prima-aggiudicazione-2/>