

É inammissibile il ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto di servizi, se al momento della notificazione di quest'ultimo era già stato emanato dalla stazione appaltante un secondo autonomo provvedimento

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Non è necessario impugnare l'atto finale, quando sia stato già impugnato quello preparatorio, solo quando fra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione - consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti; diversamente, quando l'atto finale, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto preparatorio, non ne costituisca conseguenza inevitabile perché la sua adozione implica nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, anche di terzi soggetti, la immediata impugnazione dell'atto preparatorio non fa venir meno la necessità di impugnare l'atto finale, pena la improcedibilità del primo ricorso. Che è esattamente quanto accade avuto riguardo alla natura dell'aggiudicazione definitiva che non va considerata atto meramente confermativo o esecutivo ma provvedimento che, anche quando recepisca i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti; coerentemente si ritiene necessaria l'impugnativa autonoma dell'aggiudicazione definitiva nonostante la precedente contestazione giudiziale dell'aggiudicazione provvisoria (che è meramente facoltativa) ovvero del provvedimento di esclusione dalla gara

Merita di segnalare la decisione numero 4053 del 26 agosto 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< In linea generale, nell'ambito del rapporto di presupposizione corrente fra atti inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale (come quello di evidenza pubblica), occorre distinguere fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante; nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto

determina l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale, senza bisogno che quest'ultimo sia stato autonomamente impugnato, mentre in caso di illegittimità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita ed idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto.>

Si legga anche:

Dalla mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva deve discendere l'improcedibilità del ricorso in primo grado

L'impugnazione dell'esclusione va estesa, con lo strumento dei motivi aggiunti, anche all'aggiudicazione, non solo quando questa risulti disposta uno actu con l'esclusione ma tutte le volte in cui essa intervenga e sia conosciuta prima della pronuncia sul relativo gravame: è solo questa infatti la via per garantire il soddisfacimento di quelle esigenze di speditezza, di concentrazione processuale e di prevalenza della tutela in forma specifica che permeano e giustificano il peculiare regime normativo della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4268 dell' 1 agosto 2007 emessa dal Consiglio di Stato in merito all'obbligo di opporsi all'aggiudicazione definitiva (avvenuta dopo la sentenza di primo grado ma prima del giudizio di appello) in caso di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica:

< Nel merito, fondato ed assorbente risulta il motivo (dedotto da entrambe le parti appellanti) concernente la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione da parte del concorrente escluso.

Il 22 febbraio 2006, vale a dire prima della Camera di Consiglio del 6 marzo 2006 (all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione in primo grado), era stata adottata l'aggiudicazione definitiva e tale circostanza era stata portata a conoscenza del Consorzio ricorrente in primo grado mediante deposito, nel corso della menzionata Camera di Consiglio, del contratto (contenente, appunto, gli estremi dell'aggiudicazione definitiva).

Dalla mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva deve discendere l'improcedibilità del ricorso in primo grado. Se non è dubbio, infatti, che l'esclusione può (ed anzi deve) essere gravata prima dell'aggiudicazione, nell'attuale assetto del sistema di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici (quale esso risulta anche dai principi di derivazione comunitaria), deve essere affermato il principio che l'impugnazione dell'esclusione va estesa, con lo strumento dei motivi aggiunti, anche all'aggiudicazione, non solo quando questa risulti disposta uno actu con l'esclusione ma tutte le volte in cui essa intervenga e sia conosciuta prima della pronuncia sul relativo gravame. E' solo questa infatti la via per garantire il soddisfacimento di quelle esigenze di speditezza, di concentrazione processuale e di prevalenza della tutela in forma specifica che permeano e giustificano il peculiare regime normativo della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici.

Fermo, dunque, tale principio e fermo, altresì, che il deposito in udienza determina conoscenza legale (Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4464), parte ricorrente era senz'altro tenuta alla impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (ciò che pacificamente non è avvenuto).

L'appello va pertanto accolto e, per l'effetto, va dichiarata l'improcedibilità del ricorso in primo grado.>

A cura di *****

N. 4053/08 REG.DEC

N.7434

REG. RIC.

ANNO 2006

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 74342006, proposto dalla *****à Cooperativa BETACCa r.l., in persona del

legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avvocato *****
ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato ***** in Roma, via Crescenzo n. 25;

contro

Gestione Trasporti Metropolitan s.p.a, in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati ***** e ***** , domiciliato presso quest'ultima in Roma, via Bressanone n. 3;

e nei confronti di

BETA -
- coop. a r.l., in persona del legale rappresentate pro tempore, non costituito.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. 305 del 13 maggio 2006.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale appello incidentale della Gestione Trasporti Metropolitan s.p.a (in prosieguo G.T.M.);

vista la memoria in data 11 marzo 2008 prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 15 aprile 2008
la relazione del consigliere ***** , uditi gli avvocati Di ***** e ***** ,

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società Cooperativa ALFA a .r.l. (in prosieguo ALFA) è stata invitata a partecipare alla gara di appalto per la gestione del servizio di pulizia del materiale rotabile, degli uffici, dei servizi accessori e del servizio mensa indetta dalla G.T.M. relativamente al periodo dal 1 luglio 2005 al 30 giugno 2006 (cfr. lettera di invito del 16 maggio 2005).

1.1. Con deliberazione n. 115 del 10 agosto 2005 la gara è stata aggiudicata in via provvisoria alla ditta BETA -
- coop. a r.l. (in prosieguo BETA) quale mandataria dell'A.t.i. con l'impresa BETA2 s.r.l. di Bologna.

A seguito di impugnativa proposta da altra impresa concorrente (che aveva condotto all'emanazione del decreto cautelare del Presidente del T.a.r. di Pescara 29 agosto 2005), con deliberazione n. 118 del 31 agosto 2005 la stazione appaltante aveva disposto la sospensione dell'affidamento del servizio <<... fino a nuovo provvedimento>>.

Con deliberazione n. 121 del 9 settembre 2005 l'amministrazione, dopo aver preso atto degli sviluppi del processo pendente presso il T.a.r. di Pescara ed acquisito un parere legale in ordine alla complessa vicenda, si determinava nel senso di aggiudicare nuovamente la gara in questione alla BETA, in via provvisoria e per un differente arco temporale (dal 14 settembre 2005 e fino alla conclusione del procedimento giurisdizionale in corso).

In data 14 settembre 2005 venivano stipulati tre contratti fra la G.T.M. e la BETA aventi ad oggetto rispettivamente i servizi di pulizia del materiale rotabile, i servizi di pulizia dei locali adibiti ad ufficio, deposito e officine, ed il servizio di gestione della mensa.

1.2. La ALFA - con ricorso notificato l'11 ottobre 2005 - ha impugnato la delibera n. 115 del 10 agosto 2005 e la mancata esclusione della ditta aggiudicataria. E' pacifico, risultando per tabulas, che la ricorrente abbia avuto piena conoscenza di tutti gli atti intervenuti successivamente alla deliberazione n. 115.

2. La gravata sentenza ha dichiarato inammissibile il ricorso per omessa specifica impugnativa della delibera n. 121 del 9 settembre 2005, considerando irrilevante la clausola generica contenuta nel ricorso medesimo volta a contestare ogni altro <<.. atto presupposto e consequenziale ...>> (pagina 2 dell'atto introduttivo).

3. Con atto notificato il 22 agosto 2006, e depositato il successivo 5 settembre, la società ALFA ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r., deducendo l'erroneità della declaratoria di inammissibilità e riproponendo le censure sollevate in prime cure.

4. Si costituiva la G.T.M. deducendo da un lato l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, dall'altro articolando autonomo gravame incidentale per contestare la statuizione di compensazione delle spese di giudizio.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 15 aprile 2008.

6. Entrambi gli appelli sono infondati e devono essere respinti.

7. Come emerso dalla ricostruzione in fatto dianzi operata, la stazione appaltante ha aggiudicato nuovamente all'impresa *****, all'esito di nuova ponderazione di tutti gli interessi in gioco, la gara in questione.

Rileva il collegio, inoltre, che tale provvedimento, a dispetto della autoqualificazione come aggiudicazione provvisoria, ha definito nella sostanza in modo stabile l'assetto di interessi sottostante la procedura di gara per cui è causa.

Infatti, successivamente alla sua emanazione, sono stati stipulati i tre contratti che hanno regolato temporaneamente l'appalto di servizi oggetto del contendere.

Da qui l'evidente autonoma capacità lesiva della sfera dell'impresa ricorrente posseduta dalla deliberazione n. 121 che andava rimossa mediante tempestiva impugnazione.

E' pertanto inammissibile il ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto di servizi, se al momento della notificazione di quest'ultimo era già stato emanato dalla stazione appaltante un secondo autonomo provvedimento di aggiudicazione provvisoria, conosciuto e non impugnato espressamente con autonomo gravame o con atto di motivi aggiunti.

7.1. La sezione conferma la correttezza della tesi seguita dall'impugnata sentenza per dichiarare inammissibile il ricorso.

In linea generale, nell'ambito del rapporto di presupposizione corrente fra atti inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale (come quello di evidenza pubblica), occorre distinguere fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante; nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto determina l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale, senza bisogno che quest'ultimo sia stato autonomamente impugnato, mentre in caso di illegittimità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita ed idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1331; sez. I, 17 gennaio 2007, n. 4915/2006).

Tale ricostruzione si basa, in materia di procedure concorsuali, sul condivisibile assunto che non è necessario impugnare l'atto finale, quando sia stato già impugnato quello preparatorio, solo quando fra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione - consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti; diversamente, quando l'atto finale, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto preparatorio, non ne costituisca conseguenza inevitabile perché la sua adozione implica nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, anche di terzi soggetti, la immediata impugnazione dell'atto preparatorio non fa venir meno la necessità di impugnare l'atto finale, pena la improcedibilità del primo ricorso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1331 sez. IV, 23 marzo 2004, n. 1519).

Che è esattamente quanto accade avuto riguardo alla natura dell'aggiudicazione definitiva che non va considerata atto meramente confermativo o esecutivo ma provvedimento che, anche quando recepisca i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti; coerentemente si ritiene necessaria l'impugnativa autonoma dell'aggiudicazione definitiva nonostante la precedente contestazione giudiziale dell'aggiudicazione provvisoria (che è meramente facoltativa, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5253), ovvero del provvedimento di esclusione dalla gara (che è necessariamente immediata, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez.

V, 1 agosto 2007, n. 4268; sez. V, 4 maggio 2005, n. 2168; sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 785).

Le coordinate ermeneutiche fin qui esposte a maggior ragione si attagliano alla fattispecie in esame, volendo considerare la deliberazione n. 121 come aggiudicazione provvisoria; in questo caso infatti appare ancora più evidente che questo è l'unico atto effettivamente lesivo risultando ormai superata la precedente deliberazione n. 115.

8. Infondato è il gravame incidentale con cui ***** contesta la compensazione delle spese di lite.

E' noto infatti che l'esercizio di tale potere, da parte del giudice amministrativo, è espressione della massima discrezionalità e del ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto e non necessita di una motivazione esplicita quando sia chiaro il percorso argomentativo seguito dal giudice.

Nella specie la statuizione è immune dai lamentati vizi di carenza di motivazione ed arbitrarietà (sotto il profilo della mancata valutazione dell'ordinanza cautelare di questa sezione n. 1092 del 2006), in considerazione della particolare formula di conclusione del giudizio.

9. In conclusione entrambi gli appelli devono essere respinti.

Nella particolare natura della controversia e nella reciproca soccombenza il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

-

respinge l'appello principale della *****à Cooperativa ALFA s.r.l. e quello incidentale della Gestione Trasporti Metropolitani s.p.a, e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

-

dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 15 aprile 2008, con la partecipazione di:

- Presidente

- Consigliere

- Consigliere

- Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore

- Consigliere

ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Vito Poli

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26-08-08

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

**IL
DIRIGENTE**

F.to *****

<https://www.diritto.it/e-inammissibile-il-ricorso-proposto-avverso-il-provvedimento-di-aggiudicazione-provvisoria-di-una-gara-di-appalto-di-servizi-se-al-momento-della-notificazione-di-quest-ultimo-era-gia-stato-emanato-da/>