

**E' pur vero che l'art. 11 del cd. Codice Appalti, dedicato alle "fasi delle procedure di affidamento", stabilisce, al quarto e quinto comma, che al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente e che la s**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

In base alle nuove disposizione che hanno normato una fase del procedimento di gara prima non soggetto a disciplina positiva (la fase dell'aggiudicazione definitiva), sembrerebbe, testualmente, di poter evincere che è l'aggiudicazione provvisoria l'atto conclusivo del procedimento ("Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente") e che l'aggiudicazione definitiva sia qualificabile come atto di controllo ("La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva" e "L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici").

Se così fosse, in base alla nuova normativa, applicabile nel caso di specie, sarebbe l'aggiudicazione provvisoria ad essere il provvedimento lesivo, e non l'aggiudicazione definitiva, che risulterebbe essere mero atto di approvazione in sede di controllo, con un capovolgimento a centoottanta gradi rispetto al vecchio regime di matrice giurisprudenziale.

Tuttavia, nonostante tali suggestive premesse, il Collegio ritiene di doversi adeguare all'orientamento consolidato (per il quale il ricorso va sempre proposto anche contro l'aggiudicazione definitiva e non solo avverso quella provvisoria), anche per esigenze di certezza del diritto, orientamento che non risulta essere stato scalfito dalla giurisprudenza amministrativa dopo l'entrata in vigore del Codice appalti l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (o la sua tardività, il che nei fatti, costituisce medesima circostanza), a conclusione di una gara pubblica, rende improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso già proposto avverso l'esclusione ovvero avverso l'aggiudicazione provvisoria, non potendo il ricorrente trarre alcun concreto vantaggio dall'eventuale annullamento di quest'ultima, dovendosi ritenere che è venuta meno la possibilità per la ricorrente di conseguire il bene della vita sperato (l'appalto una gara mediante procedura aperta per l'affidamento quadriennale dell'appalto riguardante il servizio di refezione nella scuola dell'infanzia:allorquando non era ancora scaduto il termine per la

presentazione delle offerte, il Responsabile dell'Ufficio Istruzione del Comune, con determinazione n. 214, aveva nominato la Commissione giudicatrice.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

1 - Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 84, comma 10, del d. lgs. 163/2006.

2 - Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 84, comma 2, del d. lgs. 163/2006. Violazione di legge, con riferimento alle disposizioni in materia di registrazione dei prodotti a denominazione geografica; eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti.

Cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Ritiene il Collegio che il ricorso sia improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Infatti, parte ricorrente ha tempestivamente impugnato i soli verbali n. 1, 2 e 3 di gara, nonché la determina n. 214 del 13.8.2008 di nomina della Commissione e la determina n. 22 del 29.8.2008 di approvazione dei verbali e di conferma dell'aggiudicazione provvisoria. Tuttavia, la stazione appaltante, ha adottato anche la determina n. 244 del 22.9.2008 con la quale ha aggiudicato in via definitiva il servizio oggetto di gara alla controinteressata. Tale provvedimento, già adottato al tempo della proposizione del ricorso, notificato il 13 novembre 2008, è stato impugnato dalla ricorrente con motivi aggiunti notificati il 12 gennaio 2009, benché tale atto fosse noto alla ricorrente dal 29 settembre 2008 (doc. 5 Amministrazione, non contestato), quando il Comune aveva provveduto a trasmettergliela via fax e tramite raccomandata A.R. Come è noto per giurisprudenza consolidata, l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (o la sua tardività, il che nei fatti, costituisce medesima circostanza), a conclusione di una gara pubblica, rende improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso già proposto avverso l'esclusione ovvero avverso l'aggiudicazione provvisoria, non potendo il ricorrente trarre alcun concreto vantaggio dall'eventuale annullamento di quest'ultima (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1773 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 maggio 2009, n. 2892), dovendosi ritenere che è venuta meno la possibilità per la ricorrente di conseguire il bene della vita sperato (l'appalto). E' altresì noto, in astratto, che dal principio secondo cui dagli atti preparatori non può discendere alcuna concreta lesione dell'interesse tutelato dovrebbe discendere la non impugnabilità dell'atto di aggiudicazione provvisoria. Eppure, secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente, si deve accogliere la tesi opposta. Si segnala, ad esempio, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128, secondo cui l'aggiudicazione provvisoria di un appalto è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, e tuttavia autonomamente lesivo; come tale, esso può, ma non deve, a pena di decadenza, essere immediatamente impugnato; in ogni caso, l'aggiudicazione definitiva, che non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma comporta comunque una valutazione autonoma, deve sempre essere autonomamente impugnata,

anche quando sia già stata impugnata l'aggiudicazione provvisoria.. Il ragionamento della giurisprudenza fa leva sul fatto che, in relazione all'aggiudicazione provvisoria, si determina un arresto procedimentale che impedisce al concorrente pretermesso di partecipare all'ulteriore fase dell'aggiudicazione definitiva. Si attua insomma una sorta di assimilazione tra aggiudicazione provvisoria e provvedimento di esclusione. Naturalmente tale impugnazione "anticipata" è ammissibile sulla base delle seguenti regole:

1) essendo comunque atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, non vi è alcun onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione (C. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 543);

2) l'impugnazione della stessa può essere differita al momento in cui si ricorre contro l'aggiudicazione definitiva, per cui il dies a quo per ricorrere contro l'aggiudicazione provvisoria decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva (C.G.A.S. 9 giugno 1998, n. 383);

3) in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva potranno farsi valere anche i vizi propri di quella provvisoria;

4) è comunque in facoltà della parte non aggiudicataria impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva, in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento;

5) rispetto all'aggiudicazione provvisoria, quella definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una autonoma valutazione; ne consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, anche se è già stata impugnata quella provvisoria;

6) se l'aggiudicazione provvisoria viene impugnata immediatamente e autonomamente, la parte ha l'onere di impugnare anche, in un secondo momento, l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2000 del 7 luglio 2009, emessa dal Tar Piemonte, Torino

**N. 02000/2009 REG.SEN.**

**N. 01438/2008 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1438 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
RICORRENTE Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.  
\*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso l'avv. \*\*\*\*\* in Torino, corso Re  
Umberto, 27;

**contro**

Comune di Cavallermaggiore, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.  
\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso l'avv. \*\*\*\*\* in  
Torino, via Stefano Clemente, 22;

**nei confronti di**

CONTROINTERESSATA Soc.Coop. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto  
presso l'avv. \*\*\*\*\* in Torino, via Bogino, 9;

**per l'annullamento**

-a) della determinazione del Responsabile del servizio istruzione del comune di Cavallermaggiore in data  
28.8.2008, n. 222, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto riguardante la gestione del  
servizio refezione scolastica;

-b) della determinazione del Responsabile dell'ufficio istruzione del comune di Cavallermaggiore in data 13.8.2008, n. 214, con la quale è stata nominata la Commissione giudicatrice per la scelta del soggetto affidatario del suddetto contratto d'appalto;

-c) per quanto possa occorrere, del bando di gara in data 30.6.2008, nonché dei verbali di gara in data 25.8.2008, n. 1, 27.8.2008, n. 2 e 27.8.2008, n. 3;

-d) di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale;

- con il favore delle spese.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cavallermaggiore;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA Soc.Coop. a R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18/06/2009 il Primo Referendario dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che con bando di gara del 30.6.2008 il Comune di Cavallermaggiore aveva indetto una gara mediante procedura aperta per l'affidamento quadriennale dell'appalto riguardante il servizio di refezione nella scuola dell'infanzia di via \*\*\*\*\* n. 1, nella scuola primaria ed in quella secondaria di primo grado del Comune stesso; l'appalto aveva un importo a base d'asta di € 4,30 per singolo pasto, con un importo complessivo per il quadriennio pari ad € 894.400,00; il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei criteri enunciati nel suddetto bando e il termine per la presentazione delle offerte era stato fissato al 22.8.2008.

Narra parte ricorrente che in data 13.8.2008, allorquando non era ancora scaduto il termine per la presentazione delle offerte, il Responsabile dell'Ufficio Istruzione del Comune, con determinazione n. 214, aveva nominato la Commissione giudicatrice.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

1 - Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 84, comma 10, del d. lgs. 163/2006.

2 - Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 84, comma 2, del d. lgs. 163/2006. Violazione di legge, con riferimento alle disposizioni in materia di registrazione dei prodotti a denominazione geografica; eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e parte controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 1002 del 15 gennaio 2009, veniva accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato ai meri fini della fissazione dell'udienza di merito, ritenuta la sussistenza del fumus boni iuris del ricorso in relazione alla dedotta violazione dell'art. 84, comma 10, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Con successivi motivi aggiunti notificati in data 12 gennaio 2009 veniva impugnata, in specifico, la determinazione dirigenziale in data 22.9.2008, n. 244 con cui il Comune aveva disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in questione, atteso che la determinazione del Responsabile del servizio istruzione del comune di Cavallermaggiore in data 28.8.2008, n. 222, non aveva disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto riguardante la gestione del servizio refezione scolastica, come riteneva parte ricorrente in ricorso, ma soltanto l'aggiudicazione provvisoria.

Alla pubblica udienza del 18 giugno 2009, il ricorso veniva posto in decisione.

## DIRITTO

Ritiene il Collegio che il ricorso sia improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Infatti, parte ricorrente ha tempestivamente impugnato i soli verbali n. 1, 2 e 3 di gara, nonché la determina n. 214 del 13.8.2008 di nomina della Commissione e la determina n. 22 del 29.8.2008 di approvazione dei verbali e di conferma dell'aggiudicazione provvisoria.

Tuttavia, la stazione appaltante, ha adottato anche la determina n. 244 del 22.9.2008 con la quale ha aggiudicato in via definitiva il servizio oggetto di gara alla controinteressata.

Tale provvedimento, già adottato al tempo della proposizione del ricorso, notificato il 13 novembre 2008, è stato impugnato dalla ricorrente con motivi aggiunti notificati il 12 gennaio 2009, benché tale atto fosse

noto alla ricorrente dal 29 settembre 2008 (doc. 5 Amministrazione, non contesto), quando il Comune aveva provveduto a trasmettergliela via fax e tramite raccomandata A.R.

Come è noto per giurisprudenza consolidata, l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (o la sua tardività, il che nei fatti, costituisce medesima circostanza), a conclusione di una gara pubblica, rende improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso già proposto avverso l'esclusione ovvero avverso l'aggiudicazione provvisoria, non potendo il ricorrente trarre alcun concreto vantaggio dall'eventuale annullamento di quest'ultima (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1773 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 maggio 2009, n. 2892), dovendosi ritenere che è venuta meno la possibilità per la ricorrente di conseguire il bene della vita sperato (l'appalto).

E' altresì noto, in astratto, che dal principio secondo cui dagli atti preparatori non può discendere alcuna concreta lesione dell'interesse tutelato dovrebbe discendere la non impugnabilità dell'atto di aggiudicazione provvisoria. Eppure, secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente, si deve accogliere la tesi opposta.

Si segnala, ad esempio, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128, secondo cui l'aggiudicazione provvisoria di un appalto è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, e tuttavia autonomamente lesivo; come tale, esso può, ma non deve, a pena di decadenza, essere immediatamente impugnato; in ogni caso, l'aggiudicazione definitiva, che non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma comporta comunque una valutazione autonoma, deve sempre essere autonomamente impugnata, anche quando sia già stata impugnata l'aggiudicazione provvisoria.

Il ragionamento della giurisprudenza fa leva sul fatto che, in relazione all'aggiudicazione provvisoria, si determina un arresto procedimentale che impedisce al concorrente pretermesso di partecipare all'ulteriore fase dell'aggiudicazione definitiva.

Si attua insomma una sorta di assimilazione tra aggiudicazione provvisoria e provvedimento di esclusione.

Naturalmente tale impugnazione "anticipata" è ammissibile sulla base delle seguenti regole:

- 1) essendo comunque atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, non vi è alcun onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione (C. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 543);
- 2) l'impugnazione della stessa può essere differita al momento in cui si ricorre contro l'aggiudicazione definitiva, per cui il dies a quo per ricorrere contro l'aggiudicazione provvisoria decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva (C.G.A.S. 9 giugno 1998, n. 383);
- 3) in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva potranno farsi valere anche i vizi propri di quella provvisoria;

4) è comunque in facoltà della parte non aggiudicataria impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva, in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento;

5) rispetto all'aggiudicazione provvisoria, quella definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una autonoma valutazione; ne consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, anche se è già stata impugnata quella provvisoria;

6) se l'aggiudicazione provvisoria viene impugnata immediatamente e autonomamente, la parte ha l'onere di impugnare anche, in un secondo momento, l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso.

E' pur vero che l'art. 11 del cd. Codice Appalti, dedicato alle "fasi delle procedure di affidamento", stabilisce, al quarto e quinto comma, che al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente e che la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva; inoltre, il successivo art. 12 ("Controlli sugli atti delle procedure di affidamento"), al comma 1, aggiunge che l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni.

In base alle nuove disposizioni che hanno normato una fase del procedimento di gara prima non soggetta a disciplina positiva (la fase dell'aggiudicazione definitiva), sembrerebbe, testualmente, di poter evincere che è l'aggiudicazione provvisoria l'atto conclusivo del procedimento ("Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente") e che l'aggiudicazione definitiva sia qualificabile come atto di controllo ("La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva" e "L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici").

Se così fosse, in base alla nuova normativa, applicabile nel caso di specie, sarebbe l'aggiudicazione provvisoria ad essere il provvedimento lesivo, e non l'aggiudicazione definitiva, che risulterebbe essere mero atto di approvazione in sede di controllo, con un capovolgimento a centoottanta gradi rispetto al vecchio regime di matrice giurisprudenziale.

Tuttavia, nonostante tali suggestive premesse, il Collegio ritiene di doversi adeguare all'orientamento consolidato, anche per esigenze di certezza del diritto, orientamento che non risulta essere stato scalfito dalla giurisprudenza amministrativa dopo l'entrata in vigore del Codice appalti.

Pertanto, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile.



Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo dichiara improcedibile.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 18/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Primo Referendario, Estensore

\*\*\*\*\* , Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2009

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

**IL SEGRETARIO**

<https://www.diritto.it/e-pur-vero-che-l-art-11-del-cd-codice-appalti-dedicato-alle-fasi-delle-procedure-di-affidamento-stabilisce-al-quarto-e-quinto-comma-che-al-termini-della-procedura-e-dichiarata/>