

Le censure proposte dagli appellanti con riguardo alla declaratoria di inefficacia del contratto

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sono, invece, fondate le censure proposte dagli appellanti con riguardo alla declaratoria di inefficacia del contratto.

La controversia è stata decisa dal Tar nella vigenza del D. Lgs. n. 53/2010, con cui è stata recepita la c.d. direttiva ricorsi in materia di appalti.

Non trattandosi di violazione grave ai sensi dell'art. 245-bis del D. Lgs. n. 163/06 (ora art. 121 c.p.a.), il Tar avrebbe dovuto valutare se sussistevano i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto negli altri casi ai sensi dell'art. 245-ter (ora art. 122 c.p.a.), tenendo quindi conto "degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Tale valutazione non è stata, invece, effettuata e si è proceduto a dichiarare l'inefficacia del contratto in via meramente consequenziale in contrasto con la appena citata disposizione.

Tale valutazione avrebbe invece dovuto condurre a non travolgere il contratto, in quanto il vizio riscontrato non conduceva ad una diretta possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, come poi confermato dall'esito della rinnovazione della valutazione, di cui si è detto.

Di conseguenza, la sentenza del Tar va sul punto riformata con reiezione della domanda (anche implicita) di declaratoria di inefficacia del contratto, che resta quindi efficace nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione per il riscontrato difetto di motivazione; vizio peraltro successivamente emendato a seguito del nuovo provvedimento di conferma dell'aggiudicazione, adottato sulla base di una estesa motivazione.

4. In conclusione, i ricorsi in appello principale e incidentale vanno respinti con riguardo al motivo inerente la motivazione del punteggio per il criterio C e vanno accolti con riferimento alla declaratoria di inefficacia del contratto, la cui domanda proposta in primo grado va quindi respinta.

In considerazione della parziale novità delle questioni controverse e della reciproca soccombenza, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 8410 del 3 dicembre 2010 pronunciata dal Consiglio di stato

N. 08410/2010 REG.SEN.

N. 05139/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5139 del 2010, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n. 04893/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZI E LAVORI PER MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA IMMOBILI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Controinteressata - Consorzio fra Imprese di Controinteressata Scarl e di ***** Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, *****, *****, ***** e *****, per delega dell'Avv. Piselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 4893/2010 il Tar per l'Emilia Romagna accoglieva il ricorso proposto dal Consorzio CONTROINTERESSATA s.c.a.r.l. avverso gli atti della procedura di gara, indetta dalla Azienda Casa Emilia Romagna - Acer di Ferrara per l'affidamento della gestione ed esecuzione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, programmabile e non programmabile, in immobili affidati ad ACER e siti nella Provincia di Ferrara.

L'Azienda Casa Emilia Romagna - Acer di Ferrara ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il Consorzio ALFA delle cooperative di produzione e lavoro, originario aggiudicatario, si è costituito in giudizio, proponendo appello incidentale improprio con richiesta di riforma dell'impugnata sentenza; il Consorzio CONTROINTERESSATA s.c.a.r.l. si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione dei ricorsi.

Con ordinanza n. 3159/2010 questa Sezione accoglieva in parte la domanda cautelare, sospendendo l'efficacia della sentenza limitatamente alla declaratoria di inefficacia del contratto, ritenendo sussistente per la stazione appaltante l'obbligo conformativo di procedere alla rinnovazione della motivazione del punteggio attribuito per il criterio C, ritenuta insufficiente dal Tar.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione di una procedura di appalto, aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione alla quale il Consorzio

Controinteressata ha proposto in primo grado censure attinenti al criterio di valutazione delle "proposte migliorative ed integrative connesse a servizi ed attività aggiuntive non comprese nelle attività in appalto, ma ad esse correlate" (Criterio C).

Il Tar ha accolto il ricorso, evidenziando che:

a) pur non imponendo l'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici la necessaria previsione di sub-criteri di valutazione delle offerte, in assenza di questi ultimi sussiste per la stazione appaltante un onere di più accurata motivazione del giudizio espresso, che non può limitarsi all'attribuzione di un mero punteggio numerico proprio a causa della mancanza di indicazioni di maggiore dettaglio;

b) nel caso di specie, la Commissione di gara non ha assolto tale obbligo di motivazione limitandosi ad attribuire un punteggio numerico senza ulteriori giustificazioni della scelta, punteggio che, peraltro, si è rivelato decisivo nell'aggiudicazione della gara;

c) l'annullamento degli atti di gara comporta in via consequenziale il venir meno degli effetti del contratto laddove già stipulato, in aderenza al recente orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte espresso nella sentenza 29062010.

L'ACER di Ferrara e il Consorzio ALFA delle cooperative di produzione e lavoro hanno contestato sia la necessità di una motivazione non limitata alla mera attribuzione di un punteggio numerico, sia la declaratoria di inefficacia del contratto, pronunciata in via automatica senza alcuna valutazione della situazione concreta.

In via preliminare è opportuno segnalare che, a seguito della menzionata ordinanza cautelare di questa Sezione, l'ACER ha provveduto a rinnovare la motivazione del punteggio attribuito per il criterio C,

confermando con estesa motivazione da parte di ogni commissario la precedente attribuzione dei punteggi e disponendo poi l'approvazione della ulteriore attività della Commissione e la conferma dell'aggiudicazione in favore del Consorzio ALFA.

Il Consorzio Controinteressata contesta tale ulteriore attività, sostenendo che in questo modo si è legittimata una (inammissibile) motivazione postuma del provvedimento impugnato; le parti appellanti deducono, invece, che la conferma del punteggio con più estesa motivazione ha fatto venire meno l'interesse al motivo ritenuto fondato dal Tar.

Entrambe le contrapposte tesi non sono condivisibili.

La censura proposta in primo grado è stata accolta non con riferimento alla omissione della fissazione di sub-criteri di valutazione, ma con esclusivo riguardo alla insufficienza della motivazione per il criterio C.

Secondo il Tar era possibile non prevedere sub-criteri, ma in tal caso l'amministrazione doveva motivare in modo puntuale il giudizio espresso sull'offerta.

L'obbligo conformativo derivante da una tale statuizione è quello, appunto, di rinnovare la motivazione del punteggio attribuito in modo da consentire ai concorrenti di comprendere le ragioni del giudizio e, eventualmente, di contestarle con l'attivazione dei rimedi previsti dall'ordinamento.

Non essendo stata sospesa tale parte dell'impugnata sentenza, la stazione appaltante ha correttamente proceduto a rinnovare tale motivazione.

Alla luce delle novità che hanno caratterizzato il processo amministrativo fin dall'entrata in vigore della

legge n. 205/2000, il divieto di integrazione postuma della motivazione riguarda solo l'inammissibilità di integrare la motivazione con ragioni dedotte nel solo giudizio dalla difesa dell'amministrazione, ma non esclude che - spontaneamente o, come in questo caso, su impulso del giudice - l'amministrazione possa adottare nuovi provvedimenti amministrativi, con cui nella sostanza la motivazione viene integrata.

Tali provvedimenti sono peraltro impugnabili con motivi aggiunti (o con nuovo ricorso se la prima impugnativa è stata decisa) e tale possibilità non priva di tutela la parte privata.

Del resto, una contraria tesi condurrebbe a far conseguire al ricorrente un effetto (travolgimento della intera procedura) non corrispondente al vizio denunciato, attinente alla sola insufficienza della motivazione.

Ciò premesso, si osserva che, nel caso di specie, la rinnovazione della motivazione, sotto un primo profilo, non determina alcun effetto sull'interesse a ricorrere, in quanto si tratta pur sempre di una motivazione più estesa, ulteriormente sindacabile in giudizio, che resta subordinata alla conferma sul punto della sentenza impugnata.

In sostanza, il Consorzio Controinteressata conserva interesse alla conferma della sentenza, la cui riforma determinerebbe il venire meno dell'atto di rinnovazione, precludendo ogni possibilità di nuova contestazione; anche gli appellanti conservano interesse al relativo motivo di appello, il cui accoglimento concluderebbe ogni discussione sulla correttezza del punteggio attribuito per il criterio C.

Passando all'esame del motivo proposto in entrambi gli appelli, si ritiene di dover confermare la statuizione del Tar.

Con riferimento alle gare di appalto, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che nella fase di valutazione

delle offerte da parte di una commissione di gara, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio delle commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito (Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005 n. 6759).

Essendo pacifica nel caso di specie l'assenza di sub-criteri o anche di criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, la stazione appaltante avrebbe dovuto non limitarsi ad attribuire il mero voto numerico, ma indicare in modo espresso le ragioni del giudizio svolto (cosa fatta solo in sede di rinnovazione del giudizio).

Di conseguenza, a seguito della conferma di tale parte dell'impugnata sentenza, rimangono validi gli atti conformativi adottati dall'Acer in sede di rinnovazione della valutazione, fermo restando che tali atti possono essere oggetto di ulteriore impugnazione.

3. Sono, invece, fondate le censure proposte dagli appellanti con riguardo alla declaratoria di inefficacia del contratto.

La controversia è stata decisa dal Tar nella vigenza del D. Lgs. n. 53/2010, con cui è stata recepita la c.d. direttiva ricorsi in materia di appalti.

Non trattandosi di violazione grave ai sensi dell'art. 245-bis del D. Lgs. n. 163/06 (ora art. 121 c.p.a.), il Tar avrebbe dovuto valutare se sussistevano i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto negli altri casi ai sensi dell'art. 245-ter (ora art. 122 c.p.a.), tenendo quindi conto "degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati,

dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Tale valutazione non è stata, invece, effettuata e si è proceduto a dichiarare l'inefficacia del contratto in via meramente consequenziale in contrasto con la appena citata disposizione.

Tale valutazione avrebbe invece dovuto condurre a non travolgere il contratto, in quanto il vizio riscontrato non conduceva ad una diretta possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, come poi confermato dall'esito della rinnovazione della valutazione, di cui si è detto.

Di conseguenza, la sentenza del Tar va sul punto riformata con reiezione della domanda (anche implicita) di declaratoria di inefficacia del contratto, che resta quindi efficace nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione per il riscontrato difetto di motivazione; vizio peraltro successivamente emendato a seguito del nuovo provvedimento di conferma dell'aggiudicazione, adottato sulla base di una estesa motivazione.

4. In conclusione, i ricorsi in appello principale e incidentale vanno respinti con riguardo al motivo inerente la motivazione del punteggio per il criterio C e vanno accolti con riferimento alla declaratoria di inefficacia del contratto, la cui domanda proposta in primo grado va quindi respinta.

In considerazione della parziale novità delle questioni controverse e della reciproca soccombenza, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie in parte i ricorsi in appello principale e incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado, confermando l'annullamento del provvedimento impugnato e respingendo la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

*****, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

*****, Consigliere

***** , ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/le-censure-proposte-dagli-appellanti-con-riguardo-alla-declaratoria-di-inefficacia-del-contratto/>