

Nel contratto di appalto occorre esaminare gli effetti dell'illegittimità dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Collegio annulla l'aggiudicazione in favore della controinteressata l'irragionevolezza e la contraddittorietà dell'iter argomentativo della determina di aggiudicazione sono evidenti e dichiara il contratto stipulato inefficace dalla data della sottoscrizione.

Alla luce dell'interesse al subentro nel contratto di appalto, manifestato nel ricorso introduttivo, occorre dunque esaminare gli effetti dell'illegittimità dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato.

Al riguardo, attesa l'illegittimità dell'aggiudicazione, il Collegio ai sensi dell'art. 245-ter D.lgs 163/2006 ora trasfuso nell'art. 122 cod. proc. amm. - in considerazione che è interesse dell'Amministrazione ottenere un'esecuzione dei lavori a regola d'arte, che il contratto non ha ancora avuto, allo stato degli atti, un principio di esecuzione, e che è ancora possibile per il ricorrente realizzare il proprio interesse, esplicitato nel ricorso, al conseguimento dell'aggiudicazione e al subentro nel contratto - dichiara l'inefficacia del contratto stipulato il 23 novembre 2010 tra stazione appaltante e la controinteressata con effetto dalla data della sottoscrizione.

Come emerge da una piana lettura della determina di aggiudicazione, il Responsabile del Procedimento dapprima accerta, in base agli atti e valutazioni acquisiti al procedimento, che la Commissione ha erroneamente ammesso l'offerta tecnica della controinteressata; quindi evidenzia che il progetto proposto non è affidabile in quanto le finalità dell'opera non sarebbero soddisfatte, risultando problematiche tecniche ed errori progettuali di natura essenziale; infine, nonostante l'inutilità, o peggio la dannosità

dell'opera, delibera di affidare comunque l'appalto al solo scopo di non perdere il finanziamento regionale.

E' evidente che un simile iter argomentativo contraddice l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera utile alla collettività, che costituisce la finalità primaria della procedura di appalto; né ovviamente, la perdita del finanziamento regionale è una giustificazione ammissibile, atteso che l'impiego di risorse pubbliche non può che essere diretto al benessere collettivo e non alla realizzazione di opere inutilizzabili.

L'Amministrazione avrebbe perciò dovuto trarre dalle suindicate premesse di fatto le dovute conseguenze logiche e sulla base dei risultati della propria indagine negare l'approvazione degli atti di gara.

In proposito va inoltre precisato che ai sensi dell'art. 12, D.lgs. 163/2006, l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione della stazione appaltante e che il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato.

Come sottolineato in giurisprudenza, l'approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (Cfr. Consiglio di Stato 3890/2010).

All'Amministrazione, quindi, è concesso di svolgere nuove e autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria esprimendo un'ulteriore valutazione circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto.

Tanto basta a ritenere il provvedimento di aggiudicazione definitiva illegittimo.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10 del 13 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Puglia, Lecce

N. 00010/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01161/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1161 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 4 del 27 maggio 2009 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria;

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

- della determinazione n. 177 del 10 febbraio 2010 del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Ugento, con la quale è stata nominata una nuova Commissione di gara in sostituzione della precedente;

- della nota prot. n. 3695 del 12 febbraio 2010 a firma del Responsabile del Settore Lavori Pubblici, nella parte in cui presupponga una nuova valutazione di tutte le offerte tecniche prodotte in gara da parte della nuova Commissione;

- della determinazione n. 715 del 16 giugno 2010 del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Ugento di aggiudicazione definitiva dell'appalto e di tutti gli atti presupposti, compresi:

- della determinazione n. 587 del 14 maggio 2010 di nomina della nuova Commissione di gara;

- dei verbali di gara n. 1 del 2 marzo 2010 e n. 2 del 23 marzo 2010 della Commissione nominata con - la determinazione n. 177 del 10 febbraio 2010 e successivamente modificata con determinazione n. 246 del 22 febbraio 2010;

- del verbale di gara n. 6 del 7 gennaio 2010 della Commissione nominata con determinazione n. 410 del 30 marzo 2010.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ugento;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Controinteressata. Ingegneria Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti l'avv. ***** per la ricorrente e, nelle preliminari, l'avv. *****, in sostituzione dell'Avv. Quinto, per il Comune;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando del 13 marzo 2009 il Comune di Ugento ha bandito una gara per lavori di adeguamento e ampliamento della rete di fognatura pluviale esistente.

Con il ricorso in epigrafe l'impresa RICORRENTE Costruzioni, quale partecipante alla gara ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria alla Controinteressata srl., deducendo con un unico articolato motivo la violazione del bando e del disciplinare di gara e l'eccesso di potere sotto i diversi profili dell'illogicità manifesta, carenza di istruttoria, carenza di motivazione in relazione all'offerta Controinteressata.

1.1 - A seguito del ricorso, il Responsabile del procedimento, che ha pure svolto il ruolo di Presidente della Commissione giudicatrice, ha richiesto un parere tecnico ad un esperto della materia, l'ing. Primo Stasi, "al fine di consentire all'ufficio di procedere, con le dovute garanzie, all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in argomento".

Tale parere evidenziava l'inaffidabilità della soluzione proposta dalla Controinteressata. sotto diversi profili e in ragione di ciò il Responsabile si è determinato, con provvedimento n. 1359 del 1 dicembre 2009, a non approvare i verbali di gara e a rimettere gli atti alla Commissione osservando che l'offerta della Controinteressata non corrisponde alle finalità dell'intervento "perché pregiudica il corretto funzionamento dei recapiti finali".

1.2 - Atteso il rifiuto della commissione di pronunciarsi nuovamente, è stata deliberata la nomina di una

nuova commissione giudicatrice, “per le valutazioni delle offerte tecniche”.

2. - Con motivi aggiunti del 23 febbraio 2010 la ricorrente impugna la nomina di una nuova commissione di gara denunciando i vizi di eccesso di potere, violazione del principio di autotutela, violazione dei principi di economicità e celerità dell’azione amministrativa, illogicità e contraddittorietà manifesta.

2.1 - Peraltro la formazione di una nuova commissione giudicatrice è risultata impossibile per l’assoluta indisponibilità dei soggetti nominati; conseguentemente l’Amministrazione ha ritenuto di aggiudicare definitivamente l’appalto alla Controinteressata con determinazione n. 715 del 16 giugno 2010.

3. - Con motivi aggiunti del 23 giugno 2010 la ricorrente impugna l’aggiudicazione definitiva alla Controinteressata. replicando i motivi articolati con il ricorso introduttivo e inoltre deducendo:

- Violazione dell’art. 86 D.lgs. 163/2006. Violazione del bando e del disciplinare di gara. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Carenza istruttoria e carenza di motivazione;

- Eccesso di potere e violazione dei principi di autotutela, economicità e celerità dell’azione amministrativa; illogicità e contraddittorietà manifesta.

4 - Si è costituita la controinteressata chiedendo la reiezione del ricorso e proponendo ricorso incidentale per i seguenti motivi:

a) Illegittimità del verbale n. 2 del 16 aprile 2009 nella parte in cui non è stata comminata l’esclusione dell’ATI RICORRENTE/Fratelli Ricorrente 2 per mancata dimostrazione della certificazione di qualità. Violazione dell’art. 4, comma 3, DPR 34/2000, violazione della lex specialis di gara, eccesso di potere sotto

il profilo della carenza di istruttoria.

b) Violazione del disciplinare di gara. Violazione del principio dell'autovincolo. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, manifesta illogicità.

Con motivi aggiunti al ricorso incidentale tali censure vengono replicate anche in relazione alla determinazione 715/2010 di aggiudicazione definitiva, impugnata con motivi aggiunti.

5 - Si è costituito il Comune, evidenziando la correttezza del proprio operato e, nella memoria conclusiva, rimettendo a questo Tribunale la decisione in ordine alla fondatezza delle reciproche censure.

Con ordinanza 480/2010 è stata negata la tutela cautelare ritenendo, ad una sommaria deliberazione, "fondate le censure sollevate dalla ricorrente incidentale in ordine: a) alla assenza della certificazione di qualità in capo alla ricorrente alla data della gara (14 aprile 2009) dato che la relativa attestazione riportata nella certificazione SOA (presentata ai fini della gara) indicava come termine di validità il 22 giugno 2008,così venendo ad essere violata la statuizione di cui all'art. 4, primo comma, e alla " Tabella requisiti qualità" - Allegato 3 del d.P.R. n. 34 del 2000 (secondo la quale l'attribuzione della classifica III e successive è subordinata, a regime, al possesso del sistema di qualità aziendale; nella specie i lavori affidati rientrano nella categoria OG 6 - classifica IV);

b) all'assenza nel computo metrico dei dati relativi alle varianti proposte: strada,dimensioni del dissabbiatore,misure finalizzate alla mitigazione dell'impatto ambientale;assenza negli elaborati grafici delle modifiche proposte quanto agli impianti elettrici ed agli impianti di illuminazione. Tali carenze determinano la violazione della previsione contenuta a pag. 16,punto 8-2, del disciplinare di gara."

All'udienza pubblica del 9 dicembre 2010, fissata per la discussione il ricorso è stato trattenuto in

decisione.

6 - Il Collegio, melius re perpensa, ritiene che il ricorso incidentale, il cui esame è prioritario rispetto al gravame principale, non possa essere accolto.

6.1 - In ordine al primo motivo, con cui la controinteressata deduce l'assenza in capo alla ricorrente di una valida certificazione di qualità alla data del 14 aprile 2009, termine per la presentazione delle offerte va infatti rilevato quanto segue:

a) l'attestazione SOA della ricorrente allegata all'offerta riporta l'esistenza della certificazione di qualità con scadenza il 22 giugno 2008 rilasciata dall'organismo di certificazione Certiquality;

b) la ditta RICORRENTE Costruzioni ha prodotto in gara, unitamente all'attestazione SOA, copia conforme autenticata del certificato di qualità rilasciato dalla stessa ***** in data 29 aprile 2008 con scadenza 28 aprile 2011, attesa l'impossibilità oggettiva di presentare una SOA completa di tutte le informazioni recenti non avendo ancora ottenuto l'aggiornamento della propria attestazione alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

c) la dichiarazione datata 28 giugno 2010 dell'organismo di attestazione attesta, infatti, che "alla data del 14 aprile 2009 il procedimento per il rilascio dell'attestazione da parte di questa società era in fase di istruttoria";

d) risulta pertanto per tabulas che alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte l'impresa ricorrente aveva già rinnovato la certificazione di qualità e che tale circostanza era nota alla stazione appaltante emergendo dai documenti allegati alla offerta.

In considerazione di ciò deve conseguentemente ritenersi la sussistenza di una certificazione di qualità in corso di validità allegata agli atti di gara.

Osserva in proposito il Collegio che l'art. 4, comma 3, DPR 34/2000 (secondo cui "il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA) non debba essere letto in chiave eccessivamente formalistica, potendo l'impresa partecipante, oggettivamente impedita dal provare l'esistenza del certificato di qualità dalla pendenza della procedura di aggiornamento dell'attestazione, provare l'esistenza della qualificazione con mezzi idonei che garantiscano un soddisfacente grado di certezza.

6.2 - Anche il secondo motivo del gravame incidentale con cui si deduce l'inaffidabilità e l'incoerenza dell'offerta tecnica dell'ATI RICORRENTE Costruzioni/Ricorrente 2, tali da determinare l'esclusione dalla gara non è fondato.

La controinteressata lamenta incoerenze tra gli elementi che compongono l'offerta (relazione tecnica, elaborati grafici, computo metrico estimativo).

Il Collegio rileva, prima facie, che le deduzioni avanzate non appaiono meritevoli di accoglimento.

Peraltro, in merito alla specifica questione si osserva che nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici l'esame delle offerte tecniche, con le relative varianti presentate, e della loro ammissibilità rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, per cui soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di gravi e palesi errori di valutazione, evidenti discrasie tra computo metrico ed elaborati grafici - peraltro non sussistenti nel caso di specie - il giudice della legittimità può intervenire, restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i limiti dell'apprezzamento tecnico tipico di tale

tipo di discrezionalità.

Tale valutazione potrà dunque essere ripetuta dall'Amministrazione in sede di rinnovo delle operazioni di gara conseguenti alla pubblicazione della presente sentenza.

7 - Accertata l'infondatezza del ricorso incidentale, può ora esaminarsi il ricorso principale.

7.1 - Con il primo motivo di doglianza la ricorrente principale lamenta la contraddittorietà e l'illogicità del provvedimento di aggiudicazione.

La censura è fondata.

Con l'aggiudicazione definitiva 715/2010 viene approvata definitivamente l'aggiudicazione provvisoria alla ditta Controinteressata.

La determina dirigenziale, dando conto del tortuoso iter procedimentale seguito, espone nella parte motiva le risultanze della consulenza richiesta all'Ing. Primo Stasi in merito alle varianti e alle migliorie proposte dalla ditta aggiudicataria.

Vengono dunque riportate nell'atto impugnato, senza alcuna contestazione o precisazioni, quali premesse del provvedimento, le conclusioni del citato studio e in particolare che la realizzazione dei recapiti finali, ovvero l'oggetto principale dell'appalto, da parte dell'aggiudicataria non appare affidabile in quanto:

- il sistema di drenaggio proposto non è idoneo allo scopo; la stessa ditta produttrice non ne consiglia l'uso

per le finalità del progetto di gara; lo stesso sistema non ha i requisiti necessari di mantenibilità;

- i valori delle portate di smaltimento sono errati per eccesso;

- i volumi di accumulo previsti sono insufficienti al fine di garantire il corretto funzionamento della rete.

Viene altresì dato conto dell'impossibilità, data l'indisponibilità dei nominati, a comporre una nuova Commissione valutatrice.

Infine, pur rimanendo ferme le criticità riscontrate che renderebbero inaffidabili i lavori appaltati, ci si determina di approvare i verbali di gara e affidare l'appalto "al fine di evitare la perdita del finanziamento" regionale, in scadenza al 30 giugno 2010.

7.2 - Alla luce di quanto esposto, il Collegio ritiene che l'irragionevolezza e la contraddittorietà dell'iter argomentativo della determina di aggiudicazione siano evidenti.

Come emerge da una piana lettura della determina di aggiudicazione, il Responsabile del Procedimento dapprima accerta, in base agli atti e valutazioni acquisiti al procedimento, che la Commissione ha erroneamente ammesso l'offerta tecnica della controinteressata; quindi evidenzia che il progetto proposto non è affidabile in quanto le finalità dell'opera non sarebbero soddisfatte, risultando problematiche tecniche ed errori progettuali di natura essenziale; infine, nonostante l'inutilità, o peggio la dannosità dell'opera, delibera di affidare comunque l'appalto al solo scopo di non perdere il finanziamento regionale.

E' evidente che un simile iter argomentativo contraddice l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera utile alla collettività, che costituisce la finalità primaria della procedura di appalto; né

ovviamente, la perdita del finanziamento regionale è una giustificazione ammissibile, atteso che l'impiego di risorse pubbliche non può che essere diretto al benessere collettivo e non alla realizzazione di opere inutilizzabili.

L'Amministrazione avrebbe perciò dovuto trarre dalle suindicate premesse di fatto le dovute conseguenze logiche e sulla base dei risultati della propria indagine negare l'approvazione degli atti di gara.

7.3 - In proposito va inoltre precisato che ai sensi dell'art. 12, D.lgs. 163/2006, l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione della stazione appaltante e che il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato.

Come sottolineato in giurisprudenza, l'approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (Cfr. Consiglio di Stato 3890/2010).

All'Amministrazione, quindi, è concesso di svolgere nuove e autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria esprimendo un'ulteriore valutazione circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto.

7.4 - Tanto basta a ritenere il provvedimento di aggiudicazione definitiva illegittimo.

8 - Con la memoria conclusiva del 23 novembre 2010 l'Amministrazione ha reso noto che il contratto è stato stipulato alla data del deposito della memoria stessa e che i lavori non sono stati avviati.

Alla luce dell'interesse al subentro nel contratto di appalto, manifestato nel ricorso introduttivo, occorre dunque esaminare gli effetti dell'illegittimità dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato.

Al riguardo, attesa l'illegittimità dell'aggiudicazione, il Collegio ai sensi dell'art. 245-ter D.lgs 163/2006 ora trasfuso nell'art. 122 cod. proc. amm. - in considerazione che è interesse dell'Amministrazione ottenere un'esecuzione dei lavori a regola d'arte, che il contratto non ha ancora avuto, allo stato degli atti, un principio di esecuzione, e che è ancora possibile per il ricorrente realizzare il proprio interesse, esplicitato nel ricorso, al conseguimento dell'aggiudicazione e al subentro nel contratto - dichiara l'inefficacia del contratto stipulato il 23 novembre 2010 tra stazione appaltante e Controinteressata. srl con effetto dalla data della sottoscrizione.

9 - In conclusione e in ragione di quanto precede, il Collegio respinge il ricorso incidentale, accoglie l'impugnativa proposta in via principale e per l'effetto annulla l'aggiudicazione in favore della controinteressata Controinteressata. e dichiara il contratto stipulato inefficace dalla data della sottoscrizione. Assorbite le ulteriori censure presentate in via principale.

9.1 Peraltro, in ragione della peculiarità delle questioni affrontate sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti.

- accoglie il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la Controinteressata srl con effetto dalla data della sua sottoscrizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

*****, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/nel-contratto-di-appalto-occorre-esaminare-gli-effetti-dell-illegittimita-dell-aggiudicazione-sul-contratto-gia-stipulato/>