

Direttiva ricorsi, subentro contrattuale, verifica della stazione appaltante e validità cauzione (TAR Sent.N.00294/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La tutela in forma specifica è integralmente satisfativa dell'interesse dell'impresa ricorrente vittoriosa in giudizio: la nuova aggiudicataria dovrà richiedere un'altra cauzione provvisoria?

poiché essa ottiene il bene della vita anelato ovvero l'aggiudicazione della gara e la conseguente stipulazione del contratto di appalto

nella fattispecie, sussistono pertanto entrambe le condizioni affinché possa essere disposta l'aggiudicazione dell'appalto a favore della ricorrente seconda in graduatoria

Il giudice amministrativo dunque può sostituirsi all'amministrazione attribuendo il bene della vita richiesto dalla ricorrente e costituito dall'aggiudicazione della gara e del contratto che non è stato nelle more stipulato

non necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'automatica spettanza della stessa al ricorrente. Tale situazione si verifica allorché ricorrono congiuntamente due condizioni: il ricorrente segue in graduatoria immediatamente l'operatore economico la cui aggiudicazione è stata annullata (o vi siano altri concorrenti che devono essere comunque esclusi) e **la sua offerta sia già stata positivamente vagliata**, anche sotto il profilo dell'anomalia, dalla stazione appaltante

Passaggio tratto dalla sentenza numero 294 del 21 marzo 2012 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

Sulla domanda di conseguimento dell'aggiudicazione definitiva, l'accertamento e la declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 c.p.a., il subentro nel contratto nelle more stipulato e la condanna dell'A.N.A.S. s.p.a. al risarcimento del danno e al pagamento delle sanzioni pecuniarie, occorre effettuare delle brevi considerazioni di ordine generale.

Riguardo alla prima domanda, si deve in limine osservare che non necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'automatica spettanza della stessa al ricorrente. Tale situazione si verifica allorquando ricorrono congiuntamente due condizioni: il ricorrente segue in graduatoria immediatamente l'operatore economico la cui aggiudicazione è stata annullata (o vi siano altri concorrenti che devono essere comunque esclusi) e la sua offerta sia già stata positivamente vagliata, anche sotto il profilo dell'anomalia, dalla stazione appaltante. La presenza di entrambi i presupposti recide ogni spazio di discrezionalità alla stazione appaltante che è vincolata, dunque, all'aggiudicazione nei confronti della ricorrente. Il bando di gara in esame prevedeva quale criterio di aggiudicazione dell'appalto dei servizi indicati il prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara. Le imprese che presentavano valide offerte erano cinque. L'aggiudicazione dell'appalto avveniva a favore dell'Ati Controinteressata Giocondo-Controinteressata 2 s.r.l. che offriva un ribasso del -41%, seguita in graduatoria dall'odierna ricorrente Vivai Piante Vincenzo Ricorrente di Angelo Ricorrente il cui ribasso offerto era pari al - 26.999%. Sussistono pertanto entrambe le condizioni affinché possa essere disposta l'aggiudicazione dell'appalto a favore della ricorrente seconda in graduatoria.

Passando all'esame delle domande risarcitorie, occorre richiamare l'art. 124 d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 che ha introdotto nel rito degli appalti una tutela in forma specifica e per equivalente. La prima si aggiunge alla generale azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica. Tale assunto, avallato dall'Adunanza Plenaria nelle pronunce n. 3 e 15 del 2011, è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di

accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717). In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Premesso l'inquadramento generale nell'architettura del codice, occorre osservare che la tutela in forma specifica è integralmente soddisfaciva dell'interesse dell'impresa ricorrente vittoriosa in giudizio poiché essa ottiene il bene della vita anelato ovvero l'aggiudicazione della gara e la conseguente stipulazione del contratto di appalto. Si tratta a ben vedere del battesimo nel codice dell'azione di stampo civilistico di esatto adempimento praticabile ovviamente solo nei casi di procedura vincolate ab origine o a seguito della pronuncia giurisdizionale. Tale azione è sottoposta, come osservato in dottrina, ad una pregiudiziale composta, data dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e dalla pronuncia di inefficacia del contratto nelle more concluso.

La tutela risarcitoria per equivalente, di contro, è ancillare rispetto alla prima giacché solo qualora il giudice non dichiarerà l'inefficacia del contratto concluso, privando il ricorrente della tutela specifica, integralmente soddisfaciva, disporrà il risarcimento del danno per equivalente. Nella vicenda odierna la tutela in forma specifica è assolutamente praticabile in quanto all'annullamento dell'aggiudicazione non residua alcun potere discrezionale in capo alla stazione appaltante, potere invero consumato a monte attraverso il giudizio di discrezionalità tecnica della offerte presentate dalle imprese. Il giudice amministrativo dunque può sostituirsi all'amministrazione attribuendo il bene della vita richiesto dalla ricorrente e costituito dall'aggiudicazione della gara e del contratto che non è stato nelle more stipulato.

La domanda di condanna all'applicazione di sanzioni alternative nei confronti della stazione appaltante deve, invece, essere respinta non ricorrendo alcuno dei presupposti previsti dall'art. 123 c.p.a. tra i quali, in primo luogo, la stipulazione del contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria.

<https://www.diritto.it/direttiva-ricorsi-subentro-contrattuale-verifica-della-stazione-appaltante-e-validita-cauzione-tar-sent-n-002942012/>