

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29524-legittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-provvisoria-con-escussione-della-relativa-cauzione-provvisoria-per-mancato-possesso-dei-requisiti-autodichiarati-in-sede-di-presentazione-dell-offerta>

Autore: Lazzini Sonia

**Legittimo annullamento di un'aggiudicazione provvisoria
(con escussione della relativa cauzione provvisoria per
mancato possesso dei requisiti autodichiarati in sede di
presentazione dell'offerta**

Legittimo annullamento di un'aggiudicazione
provvisoria (con escussione della relativa
cauzione provvisoria per mancato possesso dei
requisiti autodichiarati in sede di presentazione
dell'offerta

La possibilità che ad un'aggiudicazione
provvisoria, naturalmente temporanea, possa non
far seguito, in ragione del negativo riscontro sui
requisiti posseduti dall'aggiudicatario,
l'affidamento definitivo del contratto è un evento
del tutto fisiologico e positivamente disciplinato
dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lg. 12
aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a
ingenerare un qualunque affidamento tutelabile,
qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità
dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice,
e un obbligo risarcitorio (Consiglio Stato, sez.
V, 15 febbraio 2010, n. 808).

Va anche ricordata la norma di cui all'art. 3 del r.d. n. 2440 del 1923 che era fatta salva dalla predetta disciplina. L'art. 3 citato recita: "Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni."

Tale norma trova anche il suo puntuale disposto esecutivo nell'art. 68 del r.d. n. 827 del 1924 ai sensi del quale: "Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. La esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione."

Con ricorso notificato il 20 gennaio 2005 e depositato in Segreteria il 28 gennaio 2005, la Ricorrente s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara mediante pubblico incanto, indetta dalla sede di Bari dell'Area Territoriale Immobili e Acquisti Sud 1 di Poste Italiane s.p.a., per l'affidamento della fornitura di litri 637.000 di gasolio da riscaldamento presso gli uffici di Poste Italiane s.p.a. dislocati nelle regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004-2005, ha impugnato gli atti e i seguenti provvedimenti:

- 1) atto di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto a Pubblico Incanto per la fornitura del gasolio stagione invernale 2004-2005 Prot. ATIA/7209/AL emesso in data 23.12.2004 da Area Territoriale Immobili e Acquisti Sud 1 Gare e Contratti di Bari di Poste Italiane s.p.a., a firma del Direttore Ing. Tommaso C., con il quale è stato deliberato di escludere dalla gara per la fornitura di

gasolio agli Uffici Postali delle Regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004-2005 la Ricorrente e la Lilli Petroli s.r.l., una risultata aggiudicataria provvisoria ai sensi dell'art. 11 del D.lgs nr. 358/92 e s.m.i. comma 1 lettera (senza indicazione alcuna della lettera), e l'altra risultata terza classificata. "Il motivo dell' esclusione riguarda l'accertamento di grave errore professionale in cui è incorsa la Ricorrente congiuntamente alla Lilli Petroli s.r.l., verificatosi nel corso delle forniture di gasolio effettuate nel periodo 1995/2002 come accertato dalla Guardia di Finanza di Bologna in fase istruttoria. Pertanto, a seguito di esclusione della Ricorrente s.r.l., l'aggiudicataria provvisoria della fornitura di gasolio da riscaldamento della presente gara risulta essere la Controinteressata seconda in graduatoria. A quest'ultima verrà richiesta la documentazione di rito prevista dal disciplinare di gara prima della sottoscrizione del relativo contratto". Tale provvedimento è stato adottato a seguito del parere espresso dalla Direzione Affari Legali Prot. 146/P/04 del 17.11.2004;

2) determinazione dirigenziale Area di Bari di Poste Italiane prot. ATIA 7125/Al del 23.12.2004 a firma Ing. C. Tommaso con la quale è stato comunicato che alla Ricorrente "non verrà effettuata l'aggiudicazione definitiva, la seguente motivazione: si esclude dalla gara per la fornitura di gasolio agli Uffici postali delle regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004 -2005, la Ricorrente s.r.l. e la Lilli Petroli s.r.l., una risultata aggiudicataria provvisoria ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. nr. 358/92 e s.m.i. al comma 1 lettera, (senza indicare la lettera) e l'altra risultata terza classificata. Il motivo dell'esclusione riguarda l'accertamento di grave errore professionale in cui è incorsa la Ricorrente s.r.l. congiuntamente alla Lilli Petroli s.r.l., verificatosi nel corso delle forniture di gasolio effettuate nel periodo 1995/2002, come accertato dalla Guardia di Finanza Comando Nucleo Provinciale Polizia Tributaria Bologna in fase istruttoria dietro formale autorizzazione concessa dall'Autorità Giudiziaria inquirente";

- di tutti gli atti presupposti, compreso il parere espresso dalla Direzione Affari Legali di Poste Italiane s.p.a. prot. 146/P/04 del 17.11.2004, richiamato nell'atto di revoca prot. ATIA7209, degli atti connessi e consequenziali alla suddetta determinazione, compreso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della fornitura alla ditta Controinteressata s.r.l. con sede legale in Avezzano, via delle Ginestre nr. 3, risultata seconda classificata, contenuto nell'atto di revoca impugnato e, se stipulato, il contratto di fornitura tra Ente Poste s.p.a. e Controinteressata s.r.l.

In particolare, la ricorrente ha precisato di essere stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, all'esito della gara esperita in data 9.9.2004, subordinandosi l'aggiudicazione definitiva unicamente alla presentazione di giustificazioni in merito agli elementi determinanti l'offerta ritenuta anomala ai sensi dell'art. 19 D. Lgs. nr. 358/92, e che tuttavia il successivo atto di revoca, oggetto dell'odierna impugnazione, è stato motivato con la ritenuta violazione dell'art. 11 dello stesso D. Lgs. nr. 358/92, sulla base di un rapporto della Guardia di Finanza e di un parere espresso dalla Direzione Affari Legali dell'ente (prot. 146/P/04 del 17.11.2004).

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha conseguentemente dedotto i seguenti profili di illegittimità:

Violazione ed errata applicazione dell'art. 11 del D. Lgs. nr. 358/92; Motivazione inesistente ed errata; Travisamento dei fatti; Eccesso di potere, ingiustizia manifesta, contraddittorietà nell'attività svolta dall'Ente Poste s.p.a.; Violazione dei principi generali in materia di appalti pubblici e di esclusione dalle relative gare; Violazione del disciplinare di gara; Violazione del verbale nr. 232 del 9.9.2004 della Commissione Giudicatrice e dell'art. 19 del D. Lgs. nr. 358/92 come modificato ed integrato dal D. Lgs. nr. 402/98, per avere l'Amministrazione revocato l'aggiudicazione provvisoria, ora per allora, malgrado tale revoca non fosse consentita dal Disciplinare di gara, che per l'ipotesi di violazione accertata dell'art. 11 D. Lgs. nr. 358/92 prevedeva unicamente la facoltà di non stipulare il contratto, ed inoltre per avere contraddetto il predetto verbale di aggiudicazione provvisoria, laddove questa era stata subordinata solo alla presentazione di idonee giustificazioni in ordine alla ritenuta anomalia dell'offerta della ricorrente (e, pertanto, avrebbe potuto essere revocata solo per tale ragione), ancora per avere ommesso l'indicazione della lettera del comma 1 dell'art. 11 sulla cui base era disposta l'esclusione, ed infine essendo la revoca motivata sulla base di un rapporto della Guardia di Finanza – richiesto dalla stazione appaltante per ignote ragioni – relativo a procedimento penale pendente presso la Procura della Repubblica di Bologna nei confronti di altra ditta (Petrol Service di Chieti), senza che sui presunti

reati individuati risultasse compiuto alcun accertamento definitivo da parte della magistratura, e comunque che fosse possibile, sulla base di detta documentazione, identificare alcun grave errore professionale a carico della società ricorrente, nei cui confronti peraltro l'Amministrazione aveva contraddittoriamente provveduto a svincolare tutte le polizze fideiussorie poste a garanzia della corretta esecuzione del contratto, anche in relazione al periodo (1998-99) interessato ai presunti illeciti sopra richiamati.

Conseguentemente, la ricorrente ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione della loro efficacia;

In data 8 febbraio 2005 si è costituita in primo grado l'Amministrazione intimata, chiedendo genericamente la reiezione del ricorso e della domanda cautelare.

Con successive memorie depositate il 9 ed il 22 febbraio 2005, la medesima Amministrazione si è motivatamente opposta all'accoglimento delle censure di parte ricorrente, assumendone l'infondatezza.

In data 22 febbraio 2005 la ricorrente ha depositato memoria di replica ad alcune delle deduzioni di parte resistente.

Con motivi aggiunti notificati il 28 febbraio 2005 e depositati in Segreteria il 9 marzo 2005, la ricorrente ha ulteriormente gravato il contratto sottoscritto in data 10.2.2005 tra l'Amministrazione intimata e la Controinteressata s.r.l., con cui si è conclusa la gara de qua – contratto nelle more depositato in atti dalla stessa Amministrazione -, riproponendo in via derivata le medesime censure articolate nel ricorso principale, ed inoltre chiedendo la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno cagionato.

L'Amministrazione intimata, con memoria depositata in data 22 marzo 2005, ha ulteriormente controdedotto alle censure di parte ricorrente, insistendo per la reiezione del ricorso e dell'istanza cautelare;

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2004, fissata per l'esame della predetta domanda di sospensiva, il Collegio, rilevata l'integrità del contraddittorio, si è riservato di provvedere con sentenza breve ai sensi dell'art. 26 co. IV e V L. nn 1034/71, come introdotti dall'art. 9 L. nr. 205/00, dandone comunicazione alle parti presenti.

Con la sentenza breve impugnata il Tar ha respinto il ricorso.

Appella l'originario ricorrente.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'appello è infondato.

Esso muove da un'erronea valutazione della portata dell'atto di aggiudicazione provvisoria che si assume dotato di una particolare stabilità ed idoneo ad ingenerare una fiducia tale da rendere intangibile la valutazione operata dall'amministrazione in tale atto, salvo revoca in autotutela motivata.

L'assetto dell'istituto secondo il diritto amministrativo vivente è differente.

La possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione del negativo riscontro sui requisiti posseduti dall'aggiudicatario, l'affidamento definitivo del contratto è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque affidamento tutelabile, qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, e un obbligo risarcitorio (Consiglio Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808).

L'aggiudicazione provvisoria è un atto assimilabile all'atto di mero ritiro, piuttosto che ad un vero e proprio compiuto atto di autotutela, tanto che non necessita nemmeno di comunicazione di avvio del procedimento.

L'Amministrazione, che intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale, necessario ma non decisivo), non è tenuta a dare previa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento; viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo

all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (Consiglio Stato , sez. V, 12 febbraio 2010 , n. 743).

L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (Consiglio Stato , sez. V, 20 luglio 2009 , n. 4527).

Né tale conclusione è diversa in relazione alla norma di cui all'art.11 del d.lgs. n. 358 del 1992 invocata dalla ditta ricorrente in appello .

La norma in questione per quanto interessa si limita a prevedere le cause di esclusione dall'appalto e recita :

“Indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3, ultimo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 , e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 , sono esclusi dalla partecipazione alle gare i fornitori: ...

c) che nell'esercizio della propria attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice...”.

Va anche ricordata la norma di cui all'art. 3 del r.d. n. 2440 del 1923 che era fatta salva dalla predetta disciplina .

L'art. 3 citato recita : “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni.”

Tale norma trova anche il suo puntuale disposto esecutivo nell'art. 68 del r.d. n. 827 del 1924 ai sensi del quale : “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. La esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.

Fermo il disposto del precedente comma, l' amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione.”

In sede di controllo sull'aggiudicazione provvisoria, non avente altro effetto che quello di far sorgere una mera aspettativa, è ben possibile che l'amministrazione si determini a non aggiudicare l'appalto ove scopra che un concorrente si è reso responsabile , nell'esecuzione di altra commessa , di negligenza o malafede e sia quindi non idoneo a contrarre con l'amministrazione appaltante

Nella specie la determinazione di Poste che è un organismo di diritto pubblico, tenuto all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica comunitaria e, quindi, a tutelare il pubblico interesse da comportamenti scorretti, è basato su evidenze tali da far venir meno il rapporto fiduciario che deve intercorrere fra la stazione appaltante ed il contraente scelto a seguito della gara.

Si tratta di una dettagliata denuncia – querela presentata da Poste Italiane alla Procura della Repubblica di Bologna e di una relazione della GdF inviata a Poste a seguito di formale autorizzazione della Procura di Bologna relativa ad indagini in corso nei confronti della ditta Petrolservice (goà Lilli Petroli) e della Ricorrente relative a forniture di gasolio nel periodo 1995-2002 per il funzionamento degli impianti termici in varie strutture postali.

La Ricorrente era interessata dall'indagine, in particolare, per la fornitura dell'anno 1998/1999 , dove mantenendo rapporti con la Lilli Petroli che aveva rinunciato alla fornitura, era risultato fornito olio combustibile e non gasolio ed in misura inferiore rispetto ai dati riportati sulle fatture di accompagnamento.

La qualificazione di tale condotta, prudenzialmente, essendo gli accertamenti penali in corso, era stata formulata in termini di errore grave di cui al predetto art. 11 del d.lgs. n. 358 del 1992.

Infatti se il reato di frode nelle pubbliche forniture rientra nel novero dei reati contro la P.A. ed incide sulla moralità professionale, essendo relativo a fatti, la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 26 maggio 2009 , n. 968) l'indagine per fatti reato astrattamente inquadrabili in tale senso , pur non potendo rendere necessitati gli atti dell'amministrazione, può essere oggetto di valutazione discrezionale ai fini della decisione sull'aggiudicazione definitiva.

Nessuna contestazione specifica della ricorrente ha infirmato tale ricostruzione fattuale emersa dagli atti di indagine ed autonomamente valutabile dall'amministrazione ai fini della decisione sulla opportunità e/o sulla possibilità di aggiudicare la gara.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1097 del 6 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01907/2010 REG.DEC.
N. 06924/2005 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6924 del 2005, proposto da:
Ricorrente S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Borello, con domicilio eletto presso Carlo Borello in Roma, via San Tommaso D'Aquino N.116;

contro

Poste Italiane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Mole', Andrea Sandulli, con domicilio eletto presso Marcello Mole' in Roma, via della Farnesina N.272/274; Area Territ. Immobili e Acquisti Sud 1 di Poste Italiane Spa, Direzione Affari Legali di Poste Italiane S.p.A., Controinteressata Srl;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - BARI :Sezione I n. 01375/2005, resa tra le parti, concernente REVOCA AGGIUDICAZIONE GARA A PUBBLICO INCANTO PER FORNITURA GASOLIO - RIS. DANNO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2010 il Cons. Giancarlo Montedoro e uditi per le parti gli avvocati Molè e Sandulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 20 gennaio 2005 e depositato in Segreteria il 28 gennaio 2005, la Ricorrente s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara mediante pubblico incanto, indetta dalla sede di Bari dell'Area Territoriale Immobili e Acquisti Sud 1 di Poste Italiane s.p.a., per l'affidamento della fornitura di litri 637.000 di gasolio da riscaldamento presso gli uffici di Poste Italiane s.p.a. dislocati nelle regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004-2005, ha impugnato gli atti e i seguenti provvedimenti :

1) atto di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto a Pubblico Incanto per la fornitura del gasolio stagione invernale 2004-2005 Prot. ATIA/7209/AL emesso in data 23.12.2004 da Area Territoriale Immobili e Acquisti Sud 1 Gare e Contratti di Bari di Poste Italiane s.p.a., a firma del Direttore Ing. Tommaso C., con il quale è stato deliberato di escludere dalla gara per la fornitura di gasolio agli Uffici Postali delle Regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004-2005 la Ricorrente e la Lilli Petroli s.r.l., una risultata aggiudicataria provvisoria ai sensi dell'art. 11 del D.lgs nr. 358/92 e s.m.i. comma 1 lettera (senza

indicazione alcuna della lettera), e l'altra risultata terza classificata. "Il motivo dell'esclusione riguarda l'accertamento di grave errore professionale in cui è incorsa la Ricorrente congiuntamente alla Lilli Petroli s.r.l., verificatosi nel corso delle forniture di gasolio effettuate nel periodo 1995/2002 come accertato dalla Guardia di Finanza di Bologna in fase istruttoria. Pertanto, a seguito di esclusione della Ricorrente s.r.l., l'aggiudicataria provvisoria della fornitura di gasolio da riscaldamento della presente gara risulta essere la Controinteressata seconda in graduatoria. A quest'ultima verrà richiesta la documentazione di rito prevista dal disciplinare di gara prima della sottoscrizione del relativo contratto". Tale provvedimento è stato adottato a seguito del parere espresso dalla Direzione Affari Legali Prot. 146/P/04 del 17.11.2004;

2) determinazione dirigenziale Area di Bari di Poste Italiane prot. ATIA 7125/Al del 23.12.2004 a firma Ing. C. Tommaso con la quale è stato comunicato che alla Ricorrente "non verrà effettuata l'aggiudicazione definitiva, la seguente motivazione: si esclude dalla gara per la fornitura di gasolio agli Uffici postali delle regioni Puglia, Basilicata e Molise per la stagione 2004 -2005, la Ricorrente s.r.l. e la Lilli Petroli s.r.l., una risultata aggiudicataria provvisoria ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. nr. 358/92 e s.m.i. al comma 1 lettera, (senza indicare la lettera) e l'altra risultata terza classificata. Il motivo dell'esclusione riguarda l'accertamento di grave errore professionale in cui è incorsa la Ricorrente s.r.l. congiuntamente alla Lilli Petroli s.r.l., verificatosi nel corso delle forniture di gasolio effettuate nel periodo 1995/2002, come accertato dalla Guardia di Finanza Comando Nucleo Provinciale Polizia Tributaria Bologna in fase istruttoria dietro formale autorizzazione concessa dall'Autorità Giudiziaria inquirente";

- di tutti gli atti presupposti, compreso il parere espresso dalla Direzione Affari Legali di Poste Italiane s.p.a. prot. 146/P/04 del 17.11.2004, richiamato nell'atto di revoca prot. ATIA7209, degli atti connessi e consequenziali alla suddetta

determinazione, compreso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della fornitura alla ditta Controinteressata s.r.l. con sede legale in Avezzano, via delle Ginestre nr. 3, risultata seconda classificata, contenuto nell'atto di revoca impugnato e, se stipulato, il contratto di fornitura tra Ente Poste s.p.a. e Controinteressata s.r.l.

In particolare, la ricorrente ha precisato di essere stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, all'esito della gara esperita in data 9.9.2004, subordinandosi l'aggiudicazione definitiva unicamente alla presentazione di giustificazioni in merito agli elementi determinanti l'offerta ritenuta anomala ai sensi dell'art. 19 D. Lgs. nr. 358/92, e che tuttavia il successivo atto di revoca, oggetto dell'odierna impugnazione, è stato motivato con la ritenuta violazione dell'art. 11 dello stesso D. Lgs. nr. 358/92, sulla base di un rapporto della Guardia di Finanza e di un parere espresso dalla Direzione Affari Legali dell'ente (prot. 146/P/04 del 17.11.2004).

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha conseguentemente dedotto i seguenti profili di illegittimità:

Violazione ed errata applicazione dell'art. 11 del D. Lgs. nr. 358/92; Motivazione inesistente ed errata; Travisamento dei fatti; Eccesso di potere, ingiustizia manifesta, contraddittorietà nell'attività svolta dall'Ente Poste s.p.a.; Violazione dei principi generali in materia di appalti pubblici e di esclusione dalle relative gare; Violazione del disciplinare di gara; Violazione del verbale nr. 232 del 9.9.2004 della Commissione Giudicatrice e dell'art. 19 del D. Lgs. nr. 358/92 come modificato ed integrato dal D. Lgs. nr. 402/98, per avere l'Amministrazione revocato l'aggiudicazione provvisoria, ora per allora, malgrado tale revoca non fosse consentita dal Disciplinare di gara, che per l'ipotesi di violazione accertata dell'art. 11 D. Lgs. nr. 358/92 prevedeva unicamente la facoltà di non stipulare il contratto, ed inoltre per avere contraddetto il predetto verbale di aggiudicazione provvisoria,

laddove questa era stata subordinata solo alla presentazione di idonee giustificazioni in ordine alla ritenuta anomalia dell'offerta della ricorrente (e, pertanto, avrebbe potuto essere revocata solo per tale ragione), ancora per avere omissa l'indicazione della lettera del comma 1 dell'art. 11 sulla cui base era disposta l'esclusione, ed infine essendo la revoca motivata sulla base di un rapporto della Guardia di Finanza – richiesto dalla stazione appaltante per ignote ragioni – relativo a procedimento penale pendente presso la Procura della Repubblica di Bologna nei confronti di altra ditta (Petrol Service di Chieti), senza che sui presunti reati individuati risultasse compiuto alcun accertamento definitivo da parte della magistratura, e comunque che fosse possibile, sulla base di detta documentazione, identificare alcun grave errore professionale a carico della società ricorrente, nei cui confronti peraltro l'Amministrazione aveva contraddittoriamente provveduto a svincolare tutte le polizze fideiussorie poste a garanzia della corretta esecuzione del contratto, anche in relazione al periodo (1998-99) interessato ai presunti illeciti sopra richiamati.

Conseguentemente, la ricorrente ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione della loro efficacia;

In data 8 febbraio 2005 si è costituita in primo grado l'Amministrazione intimata, chiedendo genericamente la reiezione del ricorso e della domanda cautelare.

Con successive memorie depositate il 9 ed il 22 febbraio 2005, la medesima Amministrazione si è motivatamente opposta all'accoglimento delle censure di parte ricorrente, assumendone l'infondatezza.

In data 22 febbraio 2005 la ricorrente ha depositato memoria di replica ad alcune delle deduzioni di parte resistente.

Con motivi aggiunti notificati il 28 febbraio 2005 e depositati in Segreteria il 9 marzo 2005, la ricorrente ha ulteriormente gravato il contratto sottoscritto in data 10.2.2005 tra l'Amministrazione intimata e la Controinteressata s.r.l., con cui si è

conclusa la gara de qua – contratto nelle more depositato in atti dalla stessa Amministrazione -, riproponendo in via derivata le medesime censure articolate nel ricorso principale, ed inoltre chiedendo la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno cagionato.

L'Amministrazione intimata, con memoria depositata in data 22 marzo 2005, ha ulteriormente controdedotto alle censure di parte ricorrente, insistendo per la reiezione del ricorso e dell'istanza cautelare;

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2004, fissata per l'esame della predetta domanda di sospensiva, il Collegio, rilevata l'integrità del contraddittorio, si è riservato di provvedere con sentenza breve ai sensi dell'art. 26 co. IV e V L. nn 1034/71, come introdotti dall'art. 9 L. nr. 205/00, dandone comunicazione alle parti presenti.

Con la sentenza breve impugnata il Tar ha respinto il ricorso.

Appella l'originario ricorrente.

Resiste l'amministrazione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Esso muove da un'erronea valutazione della portata dell'atto di aggiudicazione provvisoria che si assume dotato di una particolare stabilità ed idoneo ad ingenerare una fiducia tale da rendere intangibile la valutazione operata dall'amministrazione in tale atto, salvo revoca in autotutela motivata.

L'assetto dell'istituto secondo il diritto amministrativo vivente è differente.

La possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione del negativo riscontro sui requisiti posseduti dall'aggiudicatario, l'affidamento definitivo del contratto è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque

affidamento tutelabile, qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, e un obbligo risarcitorio (Consiglio Stato , sez. V, 15 febbraio 2010 , n. 808).

L'aggiudicazione provvisoria è un atto assimilabile all'atto di mero ritiro, piuttosto che ad un vero e proprio compiuto atto di autotutela, tanto che non necessita nemmeno di comunicazione di avvio del procedimento.

L'Amministrazione, che intenda esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria (atto certamente endoprocedimentale, necessario ma non decisivo), non è tenuta a dare previa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento; viceversa, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica (Consiglio Stato , sez. V, 12 febbraio 2010 , n. 743).

L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (Consiglio Stato , sez. V, 20 luglio 2009 , n. 4527).

Né tale conclusione è diversa in relazione alla norma di cui all'art.11 del d.lgs. n. 358 del 1992 invocata dalla ditta ricorrente in appello .

La norma in questione per quanto interessa si limita a prevedere le cause di esclusione dall'appalto e recita :

“Indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3, ultimo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 , e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 , sono esclusi dalla partecipazione alle gare i fornitori: ...

c) che nell'esercizio della propria attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice...”.

Va anche ricordata la norma di cui all'art. 3 del r.d. n. 2440 del 1923 che era fatta salva dalla predetta disciplina .

L'art, 3 citato recita : “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni.”

Tale norma trova anche il suo puntuale disposto esecutivo nell'art. 68 del r.d. n. 827 del 1924 ai sensi del quale : “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. La esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.

Fermo il disposto del precedente comma, l' amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso

possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione.”

In sede di controllo sull'aggiudicazione provvisoria, non avente altro effetto che quello di far sorgere una mera aspettativa, è ben possibile che l'amministrazione si determini a non aggiudicare l'appalto ove scopra che un concorrente si è reso responsabile, nell'esecuzione di altra commessa, di negligenza o malafede e sia quindi non idoneo a contrarre con l'amministrazione appaltante

Nella specie la determinazione di Poste che è un organismo di diritto pubblico, tenuto all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica comunitaria e, quindi, a tutelare il pubblico interesse da comportamenti scorretti, è basato su evidenze tali da far venir meno il rapporto fiduciario che deve intercorrere fra la stazione appaltante ed il contraente scelto a seguito della gara.

Si tratta di una dettagliata denuncia – querela presentata da Poste Italiane alla Procura della Repubblica di Bologna e di una relazione della GdF inviata a Poste a seguito di formale autorizzazione della Procura di Bologna relativa ad indagini in corso nei confronti della ditta Petrolservice (goà Lilli Petroli) e della Ricorrente relative a forniture di gasolio nel periodo 1995-2002 per il funzionamento degli impianti termici in varie strutture postali.

La Ricorrente era interessata dall'indagine, in particolare, per la fornitura dell'anno 1998/1999, dove mantenendo rapporti con la Lilli Petroli che aveva rinunciato alla fornitura, era risultato fornito olio combustibile e non gasolio ed in misura inferiore rispetto ai dati riportati sulle fatture di accompagnamento.

La qualificazione di tale condotta, prudenzialmente, essendo gli accertamenti penali in corso, era stata formulata in termini di errore grave di cui al predetto art. 11 del d.lgs. n. 358 del 1992.

Infatti se il reato di frode nelle pubbliche forniture rientra nel novero dei reati contro la P.A. ed incide sulla moralità professionale, essendo relativo a fatti, la cui

natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 26 maggio 2009 , n. 968) l'indagine per fatti reato astrattamente inquadrabili in tale senso , pur non potendo rendere necessitati gli atti dell'amministrazione, può essere oggetto di valutazione discrezionale ai fini della decisione sull'aggiudicazione definitiva.

Nessuna contestazione specifica della ricorrente ha infirmato tale ricostruzione fattuale emersa dagli atti di indagine ed autonomamente valutabile dall'amministrazione ai fini della decisione sulla opportunità e/o sulla possibilità di aggiudicare la gara.

Le spese seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato , Sezione Sesta, definitivamente pronunciando , nel contraddittorio delle parti, sul ricorso in epigrafe indicato:

- 1) Respinge l'appello.
 - 2) Condanna l'appellante al pagamento, in favore dell'amministrazione appellata, delle spese del giudizio che liquida in euro 5000, oltre accessori come per legge
- Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione