

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29546-l-illegittima-aggiudicazione-costituisce-vizio-radicale-del-detto-contratto-e-ne-comporta-la-caducazione-ai-fini-della-reintegrazione-in-forma-specifica-del-ricorrente-la-valutazione-dell-eventua>

Autore: Lazzini Sonia

**L'illegittima aggiudicazione costituisce vizio radicale del detto contratto e ne comporta la caducazione ai fini della reintegrazione in forma specifica del ricorrente la valutazione dell'eventuale "interesse economico", che giustificerebbe alla luce de**

**Tar Puglia, Lecce, 12.05.2010 n. 1129**

***L'illegitima aggiudicazione costituisce vizio radicale del detto contratto e ne comporta la caducazione ai fini della reintegrazione in forma specifica del ricorrente***

***la valutazione dell'eventuale "interesse economico", che giustificherebbe alla luce della Direttiva 66/2007, la conservazione dell'accordo negoziale, non osta alla caducazione posto che il contratto è rimasto sostanzialmente ineseguito ed una nuova procedura di aggiudicazione è già stata conclusa.***

Esaurito l'esame delle domande demolitorie degli atti di gara, occorre trattare la questione afferente alla validità del contratto già stipulato: come statuito dalla stessa Corte di Cassazione, la questione della permanenza degli effetti del contratto stipulato il 16.4.2009 tra la Controinteressata Costruzioni e il Comune di Martano a seguito dell'aggiudicazione n. 48/2009 annullata con la sentenza parziale Tar Lecce n. 2108/2009 appartiene alla cognizione di questo giudice.

La necessità di un'interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme di riparto della giurisdizione - alla luce della sopravvenuta Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici", i cui principi avrebbero dovuti essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009 - sin dalla data di entrata in vigore di essa richiede, per le gare bandite dopo l'entrata

in vigore della Direttiva, l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo affermati dalla Costituzione in via generale e dall'ordinamento comunitario in tema di appalti.

In ragione della propria competenza, il Collegio dichiara caducato il contratto di appalto stipulato il 16.4.2009 rep. 528 tra la Controinteressata Costruzioni e il Comune di Martano.

Non è pertinente il richiamo effettuato dalla Controinteressata Costruzioni alla L. 2/2009, relativa ai progetti facenti parte del quadro strategico nazionale, "ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale"; per tali progetti è intervenuta una modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo in base alla quale l'annullamento degli atti di gara non può comportare la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato ma solo la corresponsione del risarcimento per equivalente.

Il progetto oggetto del presente appalto non è, tuttavia, sottoposto a tale disciplina per evidente carenza del requisito formale previsto ex lege; infatti tali progetti - quando come nel caso di specie siano di competenza regionale - devono essere specificamente individuati, per espressa disposizione di legge, con Decreto del Presidente della Giunta Regionale, che nella fattispecie non sussiste.

L'illegittima aggiudicazione costituisce vizio radicale del detto contratto e ne comporta la caducazione ai fini della reintegrazione in forma specifica del ricorrente Eredi Ricorrente Srl, che aspira all'aggiudicazione in proprio favore; la valutazione dell'eventuale "interesse economico", che giustificerebbe alla luce della Direttiva 66/2007, la conservazione dell'accordo negoziale, non osta alla

caducazione posto che il contratto è rimasto sostanzialmente ineseguito ed una nuova procedura di aggiudicazione è già stata conclusa.

Non sono dunque ravvisabili ostacoli al ristoro in forma specifica della Eredi Ricorrente srl, attraverso la caducazione del contratto di appalto .

Per le ragioni che precedono, il Collegio pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe dichiara la caducazione del contratto stipulato in data 16.4.2009 rep. 528 stipulato dalla Controinteressata Costruzioni srl e il Comune di Martano. Respinto il ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti proposto dalla Controinteressata Costruzioni srl.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1129 del 12 maggio 2010 pronunciata dal Tar Puglia, Lecce

**N. 01129/2010 REG.SEN.  
N. 00604/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 604 del 2009, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Eredi Ricorrente Antonio Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso Valeria Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

***contro***

Comune di Martano, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Gualtierio Marra, con domicilio eletto presso Roberto Gualtierio Marra in Lecce, piazza Mazzini 72;

***nei confronti di***

Controinteressata Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Marzo, Laura Rizzo, con domicilio eletto presso Riccardo Marzo in Lecce, via Ricorrentesiani 45; S.C.V. Srl, Universal Export Srl, Impresa Zagaria Vincenzo;

***Per l'annullamento:***

- della determinazione n. 48 del 23/02/2009 con cui il Responsabile del 3° Settore del Comune di Martano ha approvato <<il verbale di gara del 20/02/2009, relativo alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la "realizzazione di una struttura socio assistenziale - Dopo di Noi">> ed ha quindi aggiudicato <<definitivamente in favore dell'impresa Controinteressata Costruzioni Srl i lavori per la "realizzazione di una struttura socio assistenziale - Dopo di Noi", per l'importo di euro 400.445,87 oltre ad euro 16.269,30 quali oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta, e quindi per l'importo totale di euro 416.715,17 oltre I.V.A. come per legge>>;
- di tutti gli atti di gara e del verbale del 20/02/2009 nella parte in cui la commissione esaminatrice ha ammesso all'apertura dell'offerta economica la concorrente S.C.V. Srl e la concorrente ATI tra le imprese Universal Export Srl e Zagaria Vincenzo, ed ha conseguentemente aggiudicato provvisoriamente l'appalto alla ditta Controinteressata Costruzioni Srl;

- della nota 26/03/2009 prot. 4700 con cui il Responsabile del procedimento ha respinto l'istanza 23/03/2009 con cui la Eredi Ricorrente Antonio Srl ha chiesto l'esercizio dei poteri di autotutela.

Per il risarcimento in forma specifica o per equivalente.

Nonché, visto il ricorso proposto dalla Controinteressata Costruzioni, per l'annullamento:

- del provvedimento del 10.12.2009 prot. n. 18724, comunicato in data 14.12.2009 a mezzo di telefax del Responsabile del procedimento del Comune di Martano;

- di ogni altro provvedimento precedente o successivo, antecedente o conseguente, comunque collegato, compresi quelli aventi ad oggetto il riesame delle domande di ammissione alla gara e dei documenti ad esse allegati, nonché quelli di esclusione di altri concorrenti;

- del provvedimento n. 252 del 21.10.2009 del Responsabile del 3° Settore;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della SASV s.r.l. di Cerignola (FG);

- del provvedimento di rideterminazione della nuova soglia di anomalia, dal quale sarebbe risultata seconda aggiudicataria la ditta Eredi Ricorrente Antonio s.r.l. col ribasso del 23,997%;

- del provvedimento n. 302 del 9.12.2009 del Responsabile del 3° Settore;

- del bando di gara nella parte in cui prevede l'esclusione dalla gara per chi ometta di dichiarare nella domanda, ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. lett.

h) "e per l'affidamento dei subappalti risultanti dai dati in possesso dell'osservatorio".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Martano e di Controinteressata Costruzioni Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2010 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'Avv. Pellegrino, l'Avv. Leuci, in sostituzione dell'Avv. Marra, l'Avv. Marzo, anche in sostituzione dell'Avv. Rizzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Il Comune di Martano ha bandito una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una struttura socio assistenziale.

La gara con la determinazione del 23.2.2009 è stata aggiudicata alla controinteressata Controinteressata costruzioni srl. Il contratto di appalto è stato concluso in data 16.4.2009.

Contro gli atti della procedura la ricorrente Eredi Ricorrente Antonio srl ha proposto ricorso (604/2009), conclusosi con sentenza parziale (2108/2009 Tar Lecce) che ha accolto il ricorso principale, relativamente alla domanda di annullamento degli atti di gara, caducando l'aggiudicazione in favore della Controinteressata Costruzioni.

Con la medesima pronunzia, ritenuto non manifestamente inammissibile o infondato il ricorso per regolamento di giurisdizione proposto dalla controinteressata Controinteressata Costruzioni, è stato sospeso il giudizio sulle domande di annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di

appalto; è stato altresì sospeso il giudizio sulle domande di risarcimento in forma specifica e per equivalente.

Con ordinanza 2906/2010 le Sezioni Unite della Cassazione, decidendo il regolamento di giurisdizione, hanno statuito che, anche in considerazione di quanto disposto dalla Direttiva Comunitaria 66/2007, la cognizione sull'efficacia del contratto, a seguito di aggiudicazione riconosciuta illegittima, appartiene al giudice amministrativo; la esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto comporta pertanto che "lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo".

In seguito al deposito della sentenza parziale n. 2108/2009 Tar Lecce, il Comune di Martano riassumendo la procedura di gara e in ottemperanza a quanto disposto con la medesima pronuncia, procedeva all'esclusione della Controinteressata Costruzioni per la carenza delle dichiarazioni previste dall'art. 38 D.Lgs., lett. b) e) h) i) m) mbis), 163/2006 (provvedimento del 10.12.2009) e all'aggiudicazione definitiva (9.12.2009) in favore della Eredi Ricorrente.

La Controinteressata Costruzioni con motivi aggiunti ha chiesto l'annullamento delle citate determinazioni comunali deducendo: 1. Eccesso di potere in relazione alla perplessità, contraddittorietà, tardività ed intempestività dell'azione amministrativa, violazione della buona fede, violazione dell'art. 97 Cost; 2. Eccesso di potere per contraddittorietà da contrasto con la sentenza 2108/2009 TAR Lecce, perplessità, ermeticità e difetto di trasparenza nell'azione amministrativa, disparità di trattamento, irragionevolezza, violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; 3. Violazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006 lett. h.; 4. Illegittima determinazione della



soglia di anomalia dell'offerta, annullamento delle relative determinazioni e ripristino del precedente assetto di gara, con aggiudicazione in favore della Controinteressata Costruzioni srl.

La Controinteressata Costruzioni srl ha poi, con atto notificato il 18.1.2010, proposto ulteriori motivi aggiunti deducendo l'illegittimità della propria esclusione dalla gara.

La Eredi Ricorrente srl ha proposto ricorso incidentale volto a paralizzare le censure proposte dalla controinteressata Controinteressata deducendo: 1. Violazione della lex specialis, violazione del Titolo V del bando di gara. Violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) DPR 412/2000. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per disparità di trattamento e per contraddittorietà. Illogicità manifesta. Violazione artt. 3 e 97 Cost.; 2. Violazione della lex specialis. Violazione lett. K) titolo III e titolo V del bando di gara, violazione del principio di trasparenza e di par condicio. Violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 e 97 Cost. Violazione dell'art. 48 D.lgs 163/2006 e della determina dell'AVCP 21.5.2009 indicante le linee guida di applicazione.

Sia la Eredi Ricorrente srl che il Comune di Martano deducono l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure proposte dalla Controinteressata Costruzioni srl.

All'udienza del 25 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Il Collegio ritiene di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità presentate dal Comune e da Eredi Ricorrente srl atteso che i motivi aggiunti proposti dalla Controinteressata Costruzioni sono infondati.

Con motivi aggiunti la Controinteressata Costruzioni impugna l'esclusione dalla gara in oggetto disposta con provvedimento del 10.12.2009 n. 18724 per carenza dei requisiti della domanda di partecipazione.

Una delle dichiarazioni omesse dalla Controinteressata Costruzioni, richiesta dal Titolo IV 2) del Bando di gara, riguarda l'assenza della condizione di esclusione, prevista dalla lett. h) dell'art. 38 D.lgs 163/2006, relativa ai soggetti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e "per l'affidamento dei subappalti", inciso appositamente introdotto dal correttivo - di cui al D.lgs 152/2008 - al Codice dei Contratti pubblici.

Nella domanda di partecipazione della Controinteressata Costruzioni fa difetto proprio la dichiarazione relativa all'affidamento dei subappalti, per cui il legislatore stesso ha indicato la necessità di espressa dichiarazione.

Con l'omissione di tale dichiarazione, la impresa concorrente è venuta meno all'obbligo di presentazione di una specifica dichiarazione, richiesta a pena di esclusione dal bando di gara (cfr. Titolo V del Bando di gara "la mancata presentazione anche di una sola delle dichiarazioni o documenti precedenti, previsti per le singole fattispecie sotto il titolo *documentazione da presentare per la partecipazione alla gara*, comporta l'esclusione dalla gara").

Non hanno pregio le considerazioni della Controinteressata Costruzioni aventi ad oggetto la scusabilità o la emendabilità dell'omissione.

In presenza di una regola della *lex specialis* chiara e univoca che stabilisca la necessità di una determinata dichiarazione a pena di esclusione, il principio che impone all'Amministrazione di invitare l'interessato ad integrare o regolarizzare la documentazione prodotta non può trovare utile applicazione; in tale ipotesi, invero, l'esclusione diventa atto dovuto e ogni ulteriore apprezzamento circa l'ordine di prevalenza degli interessi pubblici in gioco (certezza delle regole, *par condicio, favor participationis*) è stato già effettuato e si è consumato all'atto dell'adozione del bando di gara.

Del resto, diversamente ritenendo, la facoltà di integrazione successiva si tradurrebbe in una inammissibile alterazione della par condicio rispetto agli altri concorrenti che abbiano regolarmente prodotto la documentazione richiesta sotto espressa comminatoria di esclusione dalla gara, supplendo a carenze documentali addebitabili solo alla ditta concorrente.

Ne deriva che l'esclusione è stata correttamente disposta dalla stazione appaltante anche in virtù di questa sola ed esclusiva ragione. Conseguentemente risulta superfluo l'esame dell'altre censure concernenti l'esclusione dalla gara.

Il concorrente legittimamente escluso da una gara d'appalto non è legittimato ad impugnare gli atti successivi della procedura. La partecipazione alla gara legittima infatti l'impresa ad impugnare l'aggiudicazione ad altro concorrente, con la conseguenza che l'estromissione dalla procedura concorsuale priva il soggetto escluso dell'interesse a dedurre vizi inerenti le ulteriori fasi della medesima procedura. Unica eccezione a questo principio, consolidato nella giurisprudenza amministrativa, è rappresentata dal caso in cui sia configurabile in capo al ricorrente un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara, interesse non ravvisabile nella fattispecie.

Ne consegue l'inammissibilità, per difetto di interesse, delle ulteriori censure dedotte dalla Controinteressata Costruzioni srl.

Il ricorso incidentale della Eredi Ricorrente srl, volto a paralizzare le pretese della Controinteressata Costruzioni, è dunque inammissibile per difetto di interesse.

Esaurito l'esame delle domande demolitorie degli atti di gara, occorre trattare la questione afferente alla validità del contratto già stipulato

Come statuito dalla stessa Corte di Cassazione, la questione della permanenza degli effetti del contratto stipulato il 16.4.2009 tra la Controinteressata Costruzioni e il Comune di Martano a seguito dell'aggiudicazione n. 48/2009 annullata con la

sentenza parziale Tar Lecce n. 2108/2009 appartiene alla cognizione di questo giudice.

La necessità di un'interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme di riparto della giurisdizione - alla luce della sopravvenuta Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici", i cui principi avrebbero dovuti essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009 - sin dalla data di entrata in vigore di essa richiede, per le gare bandite dopo l'entrata in vigore della Direttiva, l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo affermati dalla Costituzione in via generale e dall'ordinamento comunitario in tema di appalti.

In ragione della propria competenza, il Collegio dichiara caducato il contratto di appalto stipulato il 16.4.2009 rep. 528 tra la Controinteressata Costruzioni e il Comune di Martano.

Non è pertinente il richiamo effettuato dalla Controinteressata Costruzioni alla L. 2/2009, relativa ai progetti facenti parte del quadro strategico nazionale, "ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale"; per tali progetti è intervenuta una modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo in base alla quale l'annullamento degli atti di gara non può comportare la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato ma solo la corresponsione del risarcimento per equivalente.

Il progetto oggetto del presente appalto non è, tuttavia, sottoposto a tale disciplina per evidente carenza del requisito formale previsto ex lege; infatti tali progetti -

quando come nel caso di specie siano di competenza regionale - devono essere specificamente individuati, per espressa disposizione di legge, con Decreto del Presidente della Giunta Regionale, che nella fattispecie non sussiste.

L'illegittima aggiudicazione costituisce vizio radicale del detto contratto e ne comporta la caducazione ai fini della reintegrazione in forma specifica del ricorrente Eredi Ricorrente Srl, che aspira all'aggiudicazione in proprio favore; la valutazione dell'eventuale "interesse economico", che giustificherebbe alla luce della Direttiva 66/2007, la conservazione dell'accordo negoziale, non osta alla caducazione posto che il contratto è rimasto sostanzialmente ineseguito ed una nuova procedura di aggiudicazione è già stata conclusa.

Non sono dunque ravvisabili ostacoli al ristoro in forma specifica della Eredi Ricorrente srl, attraverso la caducazione del contratto di appalto .

Per le ragioni che precedono, il Collegio pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe dichiara la caducazione del contratto stipulato in data 16.4.2009 rep. 528 stipulato dalla Controinteressata Costruzioni srl e il Comune di Martano. Respinto il ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti proposto dalla Controinteressata Costruzioni srl.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia - Sez. di Lecce pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe:

- accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica proposta dalla Eredi Ricorrente srl e, per l'effetto, dichiara la caducazione del contratto di appalto stipulato dalla Controinteressata Costruzioni srl e il Comune di Martano;
- in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso incidentale presentato dalla Controinteressata Costruzioni srl.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2010 con  
l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Ettore Manca, Primo Referendario

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2010

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

IL SEGRETARIO