

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29618-ancora-un-giudice-amministrativo-sulla-sorte-del-contratto-per-quanto-riguarda-il-caso-in-esame-pu-essere-dichiarata-l-inefficacia-del-contratto-stipulato-nelle-more-dall-amministrazione-sulla-ba>

Autore: Lazzini Sonia

## **Ancora un giudice amministrativo sulla sorte del contratto: per quanto riguarda il caso in esame può essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato nelle more dall'amministrazione sulla base di una gara svolta in modo illegittimo**

**il Collegio ritiene che detto contratto - possa considerarsi del tutto inefficace, alla stregua del recente orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 2906 del 10 febbraio 2010, proprio in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione**

***Ancora un giudice amministrativo sulla sorte del contratto: per quanto riguarda il caso in esame può essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato nelle more dall'amministrazione sulla base di una gara svolta in modo illegittimo***

***il Collegio ritiene che detto contratto - possa considerarsi del tutto inefficace, alla stregua del recente orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 2906 del 10 febbraio 2010, proprio in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione.***

Proprio a tale ultimo riguardo, il Collegio deve valutare anche la situazione di fatto, così come evolutasi nel corso del giudizio, atteso che, come dichiarato dalla difesa dell'amministrazione, nelle more il contratto è stato sottoscritto ed il servizio risulta essere stato avviato dall'ATI risultata aggiudicataria.

Pur rilevando tale circostanza (benché in sede di decreto assunto inaudita altera parte, successivamente prorogato, fosse stato precisato che, pur potendosi dare comunque avvio al servizio, fosse comunque opportuno non addivenire alla stipula del contratto), il Collegio ritiene che detto contratto - alla luce degli effetti dell'accoglimento di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, sull'intera procedura di gara, stante la partecipazione dei due soli raggruppamenti illegittimamente ammessi - possa considerarsi del tutto inefficace, alla stregua del recente orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 2906 del 10 febbraio 2010, proprio in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione.

In tale pronuncia la Corte ha ripercorso tutta la problematica connessa al rapporto intercorrente fra l'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara, di competenza del giudice amministrativo, e la declaratoria di inefficacia-invalidità del contratto eventualmente stipulato, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario, ricordando l'orientamento prevalentemente osservato, in base al quale "spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacchè in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici (S.U. 18 luglio 2008 n. 19805, 28 dicembre 2007 n. 27169, e, sulla scia di questa, S..U. ord. 13 marzo 2009 n. 6068 e 17 dicembre 2008 n. 29425 e Cons. St. Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9 e Cons. St., sez. 5<sup>^</sup>, 19 maggio 2009 n. 3070)".

Le richiamate sentenze hanno quindi fatto proprio il principio che nega poteri cognitivi del giudice amministrativo sull'appalto concluso dalla P.A. con il contraente illegittimamente scelto, basatosi quindi sull'art. 244 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e sulla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, che, al comma 1, devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie relative alle procedure di affidamento di lavori per la scelta del contraente, mantenendole distinte da quelle relative ai diritti

soggettivi inerenti al contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario individuato in contrasto con la legge, riservate al giudice ordinario.

Ciò premesso e quindi dato atto della negazione da parte della prevalente giurisprudenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perchè illegittima, la Corte prosegue richiamando la 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 dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa.

Orbene, proprio a tale riguardo, nella recente pronuncia la Corte ha ritenuto che "...una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.

Per effetto della Direttiva che precede, anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno, la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estesa anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione".

Ritiene quindi la Corte che gli effetti della Direttiva possano ripercuotersi anche nel caso di una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno, ogniqualvolta l'appalto si sia concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima.

Il che ha condotto la Corte ad affermare che "Il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione".

"Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.) perchè la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (art. 117), che è vincolante in tale senso per l'interprete.

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 Cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della P.A., su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 196)."

Le conclusioni cui è giunta la Corte- che il Collegio condivide - inducono a ritenere la sussistenza del potere del giudice amministrativo di conoscere anche del rapporto contrattuale che la normativa comunitaria prevede possa essere privato dei suoi effetti dallo stesso soggetto aggiudicante che ha stipulato l'atto e quindi dall'organo indipendente che decide sui ricorsi avverso i provvedimenti e le condotte conseguenti della stazione appaltante che sia soggetto di diritto pubblico.

Come espressamente ricordato dalla Corte "La Direttiva CE n. 2007/66, infatti, nei suoi "considerando preliminari", al n. 13, espressamente stabilisce che negli Stati della Comunità "un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti", per cui il giudice adito, come "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice", come può annullare l'affidamento, ha il potere di dichiarare "privo di effetti" il contratto concluso dalla stessa amministrazione aggiudicante, con un contraente scelto illegittimamente (art. 2 quinquies Dir. n. 66 del 2007, par. 1)".

Ritenuto, quindi, alla luce dell'insegnamento della Corte che possa farsi rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione che la domanda di privazione degli effetti del successivo appalto concluso dalla stazione appaltante con la contraente scelta in modo illegittimo, per quanto riguarda il caso in esame può essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato nelle more dall'amministrazione sulla base di una gara svolta, per tutte le ragioni sopra evidenziate, in modo illegittimo.

Infine, per quanto riguarda le spese di giudizio, tenuto conto della particolarità della fattispecie, appare equo disporre l'integrale compensazione fra le parti.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1838 del 7 maggio 2010 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

**N. 01838/2010 REG.SEN.**

**N. 01697/2009 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 il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1697 del 2009, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Ricorrente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Annoni, Nicola Creuso,  
Pier Vettor Grimani, Michele Ottani, Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto

presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Ricorrente due Spa, Ricorrente tre Facility Management Spa, Ricorrente quattro Servizi Spa, Ricorrente cinque Source Spa, ricorrente sei Societa' Cooperativa, rappresentati e difesi dall'avv. Michele Ottani, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

***contro***

Asl 112 - Veneziana, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464; Ulss N 10 San Dona' di Piave, Asl 113 - Mirano, Asl 114 - Chioggia, Asl 118 - Rovigo, Asl 119 - Adria, Regione Veneto;

***nei confronti di***

Controinteressata S.p.A., Controinteressata due Servizi Immobiliari Spa, Controinteressata tre Spa, Controinteressata quattro Sanita' Spa;

***per l'annullamento***

del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato speciale d'appalto sezioni amministrativa e tecnica e gestionale, relativi alla gara per l'affidamento dell'appalto servizio energia e calore Area vasta di Venezia e Rovigo: appalto di conduzione e gestione degli impianti delle strutture sanitarie e socio sanitarie : Azienda ULSS 12 Veneziana, Azienda ULSS 10 veneto Orientale, Azienda ULSS 13 Mirano, Azienda ULSS 14 Chioggia, Azienda ULSS 18 Rovigo, Azienda ULSS 19 Adria; dell'aggiudicazione disposta con delibera 2 luglio 2009 a favore dell'ATI Controinteressata e di ogni altro atto presupposto.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl 112 - Veneziana;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Controinteressata Spa, rappresentato e difeso dagli avv.

Francesca Busetto, Cristiano Antonini, con domicilio eletto presso Francesca Busetto in Venezia, Piazzale Roma, 464;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 aprile 2010 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

L'Azienda ULSS n. 12 Veneziana, in qualità di Azienda Capofila dell'Area vasta di Venezia e Rovigo bandiva una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del servizio energia e calore - Area Vasta di Venezia e Rovigo - per la conduzione e la gestione degli impianti delle Strutture Sanitarie e Socio Sanitarie delle Aziende ULSS n. 12 Veneziana, n.10 Veneto Orientale, n. 13 Mirano, n. 14 Chioggia, n. 18 Rovigo e n. 19 Adria, per un importo a base d'asta, per il periodo di 9 anni, di € 259.584.325,00 IVA esclusa, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano alla gara solo due raggruppamenti: quello costituito fra le società Controinteressata S.p.A., Controinteressata due Servizi Immobiliari S.p.A., Controinteressata tre S.p.A, Controinteressata quattro Sanità S.p.A. e quello costituito fra Ricorrente S.p.A., Ricorrente tre Facility Management S.p.A., Cofatech Servizi S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, Ricorrente due S.p.A., Intini Multiservizi S.p.A..

All'esito della procedura di gara la stazione appaltante provvedeva ad approvare i verbali della commissione ed ad affidare definitivamente l'appalto al raggruppamento avente come mandataria la società Controinteressata

(deliberazione del Direttore generale dell'Azienda ULSS n. 12 Veneziana n. 624 del 2.7.2009, successivamente comunicata alla ricorrente con nota del 6.7.2009).

Avversava tale determinazione, congiuntamente a tutti gli atti di gara, l'odierna ricorrente, sia in proprio che in qualità di mandataria del RTI costituito con Ricorrente tre Facility Management S.p.A., Cofatech Servizi S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, Ricorrente due S.p.A., Intini Multiservizi S.p.A., denunciandone l'illegittimità sotto vari profili.

In particolare, con i primi due motivi di ricorso, parte istante ha denunciato l'illegittima ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato (da ora ATI Controinteressata), per mancanza dei requisiti di partecipazione, sia con riferimento alla insufficienza della qualifica SOA posseduta da una delle mandanti – Controinteressata due Servizi Immobiliari – in rapporto all'entità dei servizi/lavori assunti a proprio carico, sia con riferimento alla mancata allegazione, da parte delle mandanti Controinteressata quattro ed Controinteressata tre, così come richiesto dal bando, della documentazione relativa al proprio fatturato (risultato pari a zero) per servizi analoghi e dell'elenco dei servizi analoghi svolti negli ultimi tre anni.

Con un terzo motivo di ricorso è stata infine censurata la valutazione del reale contenuto dell'offerta economica dell'Ati ricorrente (da ora ATI Ricorrente) da parte della Commissione giudicatrice, che – non avendo adeguatamente tenuto conto delle componenti dell'offerta – avrebbe assegnato alla ricorrente un punteggio inferiore, così da collocarla al secondo posto della graduatoria finale.

Si è costituita in giudizio la Stazione Appaltante affermando l'infondatezza del ricorso, del quale, conseguentemente, ha chiesto il rigetto.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata ATI Controinteressata, la cui difesa, oltre ad opporsi all'accoglimento del ricorso principale, in ragione della sua infondatezza, ha a sua volta proposto ricorso incidentale per l'annullamento, in

parte qua ed entro i limiti del proprio interesse, delle fasi della gara che hanno determinato l'ammissione dell'ATI Ricorrente, che doveva essere esclusa per mancanza dei requisiti.

Invero, l'ATI controinteressata avrebbe omesso di presentare la dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. n. 163/06 con riferimento a tutti i soggetti institori della mandante Ricorrente due, con ciò violando sia la normativa richiamata che la stessa *lex specialis*, che imponeva tale obbligo a pena di esclusione.

Richiamata la ratio della disposizione invocata, che impone tale dichiarazione con riferimento a tutti i soggetti che ricoprono un ruolo decisionale e gestionale, indipendentemente dalla qualifica attribuita, e che si trovano in una delle situazioni descritte dalla norma, la ricorrente incidentale evidenzia come detta omissione abbia riguardato ben otto degli institori della società Ricorrente due.

Con un primo gruppo di motivi aggiunti parte ricorrente, tenuto conto delle doglianze dedotte con il ricorso incidentale, dopo averne contestato la fondatezza in ragione del fatto che comunque la dichiarazione ex art. 38 è stata prestata con riferimento alla società Ricorrente due, ha denunciato l'illegittimità del bando di gara nell'ipotesi in cui quest'ultimo dovesse essere interpretato nel senso che la mancata indicazione di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza sia fonte di immediata esclusione, quando invece risulterebbe applicabile nella fattispecie il disposto di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti, che consente l'integrazione di quella che in realtà si è rivelata una dichiarazione incompleta e non del tutto omessa.

La difesa ricorrente ha quindi dedotto ulteriori motivi a sostegno della mancata esclusione dell'ATI Controinteressata dalla gara, in considerazione dall'assenza nel bando della possibilità di dare luogo ad un raggruppamento di tipo verticale (o misto), quale è quello controinteressato, non essendo state individuate da parte della Stazione Appaltante prestazioni di carattere principale e secondario.



A tali considerazioni sono quindi state aggiunte ulteriori doglianze (elaborate a seguito dell'accesso effettuato agli atti di gara) con riferimento al contenuto dell'offerta tecnica di ATI Controinteressata, la quale, contrariamente a quanto prescritto dal bando, presentava elementi riconducibili al contenuto economico dell'offerta.

Infine, sempre a seguito dell'accesso effettuato, parte ricorrente ha provveduto a depositare un secondo ricorso per motivi aggiunti, con il quale ha denunciato l'irregolarità dell'offerta presentata dall'ATI Controinteressata con riguardo al contenuto del cronoprogramma degli interventi, il quale avrebbe potuto subire delle variazioni e quindi un allungamento dei tempi, con ciò dando luogo ad un'offerta indeterminata ed in ogni caso condizionata da fattori non prevedibili.

Quanto poi al contenuto dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, così come valutata dalla commissione giudicatrice, parte ricorrente ha dedotto tutta una serie di doglianze volte a dimostrare la manifesta illogicità del giudizio espresso, nonché la sussistenza di numerosi errori di fatto che hanno condotto ad un'erronea attribuzione dei punteggi, in modo tale da penalizzare l'offerta dell'ATI Ricorrente.

Con successiva memoria le difese resistenti hanno a loro volta controdedotto alle argomentazioni difensive della ricorrente.

Infine, la difesa dell'amministrazione ha ricordato come nelle more del giudizio le Aziende dell'Area Vasta abbiano proceduto alla stipulazione dei contratti con l'ATI Controinteressata e dato avvio al servizio.

All'udienza del 1 aprile 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Con il ricorso in oggetto e per i motivi in esso dedotti, così come riassunti in fatto, l'odierna istante ATI Ricorrente ha impugnato tutti gli atti di gara e

l'aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo a favore della controinteressata ATI Controinteressata.

Quest'ultima, a sua volta, nell'espone le proprie controdeduzioni ha proposto ricorso incidentale, finalizzato alla declaratoria dell'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI ricorrente.

Ciò premesso, il Collegio procede in primo luogo a valutare la fondatezza del ricorso incidentale.

Il ricorso è fondato, stante l'omessa dichiarazione da parte della mandante Ricorrente delle eventuali condanne subite dai propri amministratori muniti di poteri di rappresentanza, in modo particolare per taluni dei soggetti che risultano avere all'interno dell'assetto societario il ruolo di institori (così come risultante dalle visure camerali depositate agli atti).

A tale riguardo il Collegio condivide l'assunto difensivo della ricorrente incidentale, quanto meno con riferimento certo ad uno degli institori (Giuseppe Pietro Tomarchio, che riveste tale importante ruolo ed è titolare di rilevanti poteri gestionali e di rappresentanza della società), riguardo al quale risulta omessa ogni dichiarazione ai sensi e per gli effetti dell'art.38.

A tale proposito, con specifico riguardo alla necessità che la dichiarazione circa l'insussistenza di eventuali condanne riportate dagli amministratori e direttori tecnici sia resa anche con riferimento agli institori, il Collegio ricorda che la ratio legis della previsione contemplata dall'art. 38 è quella di escludere dalla partecipazione alle gare di appalto le società in cui i soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcuna delle situazioni descritte nella richiamata disposizione (cfr. Cons. Stato, VI Sez., 8/2/2007 n° 523, IV Sez., 15/1/2008 n° 36, sulla necessità che anche l'institore renda la dichiarazione concernente i requisiti di moralità).

Ai fini di una corretta applicazione della norma, occorre fare quindi riferimento alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la evidenziata ratio potrebbe essere agevolmente elusa e dunque vanificata.

Come già rilevato in altra occasione, nella quale era stata coinvolta la medesima società Ricorrente due (cfr. T.A.R. Sardegna, I, n. 971/2008, citata da parte ricorrente incidentale), proprio tale sig. Tomarchio "...era dotato di poteri di tale ampiezza da essere assimilabile ad un vero e proprio amministratore.

Egli, infatti, aveva poteri sostanzialmente estesi a tutta l'attività propria dell'impresa, comprensivi di compiti decisionali e gestionali, oltre che di rappresentanza esterna della società.

E' significativo rilevare che era, tra l'altro, abilitato a concorrere, a nome della società, a gare per l'affidamento di contratti di appalto o concessione, formulando le relative offerte, ed aveva il potere di sottoscrivere "contratti ed impegni con ogni più ampia facoltà di negoziare, concordare e/o perfezionare tutte le clausole che riterrà necessarie e/od opportune e/od utili".

Le rilevate circostanze inducono quindi all'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'ATI Controinteressata avverso l'ammissione alla gara de qua della ricorrente ATI Ricorrente, tenuto conto della puntuale previsione contenuta nella lex specialis, la quale imponeva il rispetto della prescrizioni di cui all'art. 38 a pena di esclusione.

Né peraltro può essere condiviso l'assunto difensivo di parte ricorrente, così come espresso in occasione del primo ricorso per motivi aggiunti, circa la possibilità di integrare l'omessa dichiarazione relativamente all'istitutore, facendo applicazione della previsione contemplata dall'art. 46 del Codice dei Contratti, che consente di integrare le dichiarazioni irregolari, quale dovrebbe essere intesa quella presentata dalla società Ricorrente due.

Secondo quanto sostenuto dalla difesa resistente al ricorso incidentale, l'omessa dichiarazione relativamente ad altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza della società si configurerebbe quale mera irregolarità della domanda di partecipazione, come tale non sanzionabile con l'esclusione dalla gara e sanabile ai sensi del richiamato art.46.

Diversamente interpretando la previsione del bando di gara, sempre secondo l'impianto difensivo di ATI Ricorrente, anche la prescrizione della *lex specialis* sarebbe illegittima.

Una simile conclusione non può tuttavia essere condivisa, tenuto conto sia della richiamata ratio della norma dell'art. 38, che impone che la dichiarazione sia resa da tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e gestionali, sia della stessa previsione contenuta nel bando, che deve essere rispettata dalla stessa amministrazione, la quale impone – in caso di mancata dichiarazione – l'esclusione dalla gara, senza alcuna possibilità di integrazione a sanatoria.

Per tali ragioni il ricorso incidentale va accolto e quindi la società Ricorrente due e l'ATI Ricorrente, di cui la stessa faceva parte, dovevano essere escluse dalla gara.

A questo punto, attesa la fondatezza del ricorso incidentale, tenuto conto del fatto che alla gara de qua hanno partecipato solo due concorrenti, oggi contrapposti nella controversia in esame, il Collegio deve procedere ad esaminare anche la fondatezza delle censure dedotte con il ricorso principale.

Ritiene il Collegio che anche il ricorso principale sia fondato, con riguardo in via del tutto assorbente a quanto dedotto con il primo motivo.

Con detto motivo parte ricorrente ha infatti denunciato la legittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI Controinteressata per mancanza in capo ad una delle società mandanti, Controinteressata due Immobiliare, dei requisiti di qualificazione.

Invero, detta società risulta in possesso della qualificazione SOA per la V categoria, la quale la rende idonea ad eseguire lavori per un importo massimo pari ad € 5.164.569.

Inoltre, tenuto conto dell'importo complessivo dei lavori e dei servizi da affidare, così come indicato nel bando di gara, pari ad € 45.484.782,00 la società Controinteressata due non può beneficiare del cd. incremento premiale (che le consentirebbe di aumentare di 1/5 il valore della qualifica posseduta), non risultando classificata per un valore corrispondente ad almeno 1/5 dell'importo dei lavori a base di gara.

Ciò stante e preso atto della percentuale dei lavori e dei servizi ad essa assegnati all'interno dell'ATI, risulta fondata la dedotta illegittimità dell'ammissione della società e del relativo raggruppamento alla gara.

Va in primo luogo premesso che, come riconosciuto dalla stessa difesa resistente, l'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto, costituito dalla sommatoria dell'importo dei lavori di messa a norma energetica (€27.540.200,00) e di manutenzione straordinaria sostitutiva (€18.044.582,00), è pari a complessivi € 45.584.782,00.

Tale ripartizione trova riscontro con quanto previsto dal capitolato speciale per quanto riguarda l'oggetto dell'appalto, che all'art. 1.02 individua a) le prestazioni connesse al servizio energia impianti termici, b) le prestazioni connesse al servizio impianti elettrici, c) le prestazioni connesse all'esercizio e manutenzione altri impianti e apparecchiature (tutte attività implicanti la fornitura di beni e servizi, la manutenzione ordinaria e quella straordinaria), d) le prestazioni connesse alla diagnosi energetica ed infine e) l'esecuzione dei lavori di messa a norma, riqualificazione ed ottimizzazione energetica.

Risulta, poi, indiscusso che Controinteressata due avrebbe eseguito nella percentuale del 10% il complesso delle attività riconducibili all'esecuzione dei

lavori di messa a norma, riqualificazione ed ottimizzazione energetica, restando affidato l'altro 90% a Controinteressata, mentre per tutte le altre attività indicate dal capitolato speciale, l'esecuzione sarebbe stata ripartita fra Controinteressata e Controinteressata due rispettivamente nelle percentuali dell'85% e del 15%.

Se quindi si considerano i seguenti elementi : il valore, così come indicato dal bando, dell'intero appalto; il valore scorporato dei due gruppi di prestazioni richieste; la percentuale in base alla quale l'esecuzione delle medesime è stata suddivisa fra la capogruppo Controinteressata e la mandante Controinteressata due e li si valuta in ragione della categoria posseduta da Controinteressata due (che qui interessa) per la qualifica SOA, esclusa la possibilità di incremento premiale ex art. 3 del D.P.R. n. 34/2000, e quindi con i limiti derivanti da tale qualificazione all'esecuzione della percentuale di lavori affidatale, risulta evidente che Controinteressata due non era in possesso di requisiti sufficienti a renderla idonea allo svolgimento di tali prestazioni, così come richiesto dal bando al fine dell'ammissione.

Invero, calcolate le percentuali delle prestazioni assegnate a Controinteressata due con riferimento a quelle indicate nel capitolato (escluse le attività relative alla ricerca e diagnosi energetica, affidate alle due altre mandanti Controinteressata tre – 90% e Controinteressata quattro – 10%), il valore dei lavori da eseguire da parte della mandante risulta pari ad € 5.460.707,30, così come correttamente calcolato da parte ricorrente, valore che, tuttavia, è superiore al limite stabilito per la categoria posseduta dalla società (€5.164.569,00).

Al riguardo, al fine di contestare l'assunto di parte ricorrente, la difesa resistente ha sostenuto che il 15% dei lavori affidati a Controinteressata due sia riferibile solo ed unicamente all'attività di manutenzione correttiva e non a quella sostitutiva e ciò

per la ragione che soltanto la prima apparterrebbe alla categoria servizi, mentre la seconda sarebbe riconducibile alla categoria lavori.

Ciò premesso, la difesa resistente conclude affermando che l'offerta dell'ATI Controinteressata deve essere intesa nel senso di prevedere che fossero poste a carico di Controinteressata due, nella misura del 15%, le sole attività di manutenzione correttiva, in quanto ricompresa nelle categorie dei servizi che Controinteressata due si era impegnata ad eseguire (così escludendo i lavori).

Sarebbe quindi arbitrario, conclude la difesa resistente, ritenere che l'offerta Controinteressata prevedesse l'esecuzione da parte di Controinteressata due delle prestazioni di manutenzione sostitutiva in percentuale del 15%, in quanto una simile conclusione risulterebbe in contrasto con il contenuto del disciplinare speciale, che non riconduce tale prestazione alla categoria dei servizi (cui esclusivamente si riferisce l'attività di Controinteressata due).

L'assunto difensivo testè riportato non può tuttavia essere condiviso, tenuto conto proprio dei termini in base ai quali è stata formulata l'offerta del raggruppamento facente capo a Controinteressata e del contenuto dello stesso disciplinare.

L'offerta dell'ATI Controinteressata è stata infatti elaborata tenendo conto della pluralità delle prestazioni richieste per l'esecuzione dell'appalto, così come indicate nell'art. 1.02 del disciplinare, come sopra riportato.

Ed invero, riservate in toto le attività di ricerca e diagnosi energetica alle due mandanti Controinteressata tre e Controinteressata quattro, tutte le restanti attività elencate nell'art. 1.02 sono state assunte, nelle rispettive percentuali da Controinteressata e da Controinteressata due (cfr. modello debitamente compilato dell'istanza di partecipazione alla gara di ATI Controinteressata, doc. n. 17 dell'amministrazione, elenco depositato in data 14.9.2009).

Nessuna precisazione è rilevabile da quanto dichiarato dalle stesse partecipanti al raggruppamento, che ovviamente non potevano discostarsi da quanto previsto dettagliatamente nel disciplinare all'art. 1.02.

Così facendo, le ricorrenti si sono espressamente ed inequivocabilmente impegnate ad eseguire sia il complesso di prestazioni riconducibili al servizio energia impianti termici, al servizio energia impianti elettrici, all'esercizio e manutenzione impianti ed apparecchiature collegate ed all'esercizio e manutenzione altri impianti ed apparecchiature (Controinteressata per l'85%, Controinteressata due per il 15%), che il complesso dei lavori di messa a norma, riqualificazione ed ottimizzazione energetica (Controinteressata per il 90%, Controinteressata due per il 10%).

Non è quindi rilevante l'affermazione per cui parte di tali attività non fossero imputabili a Controinteressata due, e che quindi non fossero comprese nella percentuale del 15% ad essa affidata, sostenendo la sostanziale riconducibilità della manutenzione sostitutiva alla categoria lavori anziché a quella dei servizi, in quanto la domanda di partecipazione era comunque articolata con riferimento a tutte le prestazioni richieste dal disciplinare, come dettagliatamente specificate dal successivo art. 1.03, e quindi con riferimento a tali percentuali, calcolate per tutte le categorie di lavori indicate nell'istanza di partecipazione, doveva essere accertato il possesso da parte della mandante della qualificazione SOA necessaria.

Né può costituire elemento di supporto della tesi avversaria quanto previsto all'art. 1.06 del disciplinare, nel quale sono riportate le tabelle di ripartizione dell'importo annuale dell'appalto per ciascuna delle UULLSS interessate, ove finalmente compare la menzione dei lavori di manutenzione straordinaria e sostitutiva, in quanto non solo tale menzione avviene al solo fine di indicare la ripartizione del valore economico delle prestazioni da eseguire nel corso del periodo di validità dell'appalto e con riferimento a ciascuna delle amministrazioni destinatarie, ma soprattutto perché detta precisazione non è idonea ad incidere sul contenuto delle



prestazioni da eseguire, così come elencato in termini generali dall'art. 1.02, che ha l'espressa finalità di individuare l'oggetto dell'appalto.

Di conseguenza, tenuto conto delle considerazioni testè svolte, atteso l'importo dei servizi e dei lavori oggetto dell'appalto, calcolate le percentuali indicate, senza alcuna riserva o specificazione, nella domanda di partecipazione formulata per l'ATI Controinteressata, ne deriva che per quanto riguarda la mandante Controinteressata due non sussistevano i requisiti di partecipazione e che quindi il costituendo raggruppamento non doveva essere ammesso alla gara.

In conclusione, anche il ricorso principale va accolto, con la conseguenza che, essendovi due soli concorrenti in gara ed essendo stata accertata anche l'illegittimità della mancata esclusione dalla procedura dell'ATI Controinteressata, così come denunciata con il ricorso incidentale, l'intera procedura concorsuale viene azzerata per mancanza di concorrenti.

Per l'effetto, la gara dovrà essere rinnovata.

Proprio a tale ultimo riguardo, il Collegio deve valutare anche la situazione di fatto, così come evolutasi nel corso del giudizio, atteso che, come dichiarato dalla difesa dell'amministrazione, nelle more il contratto è stato sottoscritto ed il servizio risulta essere stato avviato dall'ATI risultata aggiudicataria.

Pur rilevando tale circostanza (benché in sede di decreto assunto inaudita altera parte, successivamente prorogato, fosse stato precisato che, pur potendosi dare comunque avvio al servizio, fosse comunque opportuno non addivenire alla stipula del contratto), il Collegio ritiene che detto contratto - alla luce degli effetti dell'accoglimento di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, sull'intera procedura di gara, stante la partecipazione dei due soli raggruppamenti illegittimamente ammessi - possa considerarsi del tutto inefficace, alla stregua del recente orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 2906

del 10 febbraio 2010, proprio in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione.

In tale pronuncia la Corte ha ripercorso tutta la problematica connessa al rapporto intercorrente fra l'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara, di competenza del giudice amministrativo, e la declaratoria di inefficacia-invalidità del contratto eventualmente stipulato, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario, ricordando l'orientamento prevalentemente osservato, in base al quale "spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacchè in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici (S.U. 18 luglio 2008 n. 19805, 28 dicembre 2007 n. 27169, e, sulla scia di questa, S..U. ord. 13 marzo 2009 n. 6068 e 17 dicembre 2008 n. 29425 e Cons. St. Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9 e Cons. St., sez. 5<sup>^</sup>, 19 maggio 2009 n. 3070)".

Le richiamate sentenze hanno quindi fatto proprio il principio che nega poteri cognitivi del giudice amministrativo sull'appalto concluso dalla P.A. con il contraente illegittimamente scelto, basatosi quindi sull'art. 244 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e sulla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, che, al comma 1, devolve alla

giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie relative alle procedure di affidamento di lavori per la scelta del contraente, mantenendole distinte da quelle relative ai diritti soggettivi inerenti al contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario individuato in contrasto con la legge, riservate al giudice ordinario.

Ciò premesso e quindi dato atto della negazione da parte della prevalente giurisprudenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perchè illegittima, la Corte prosegue richiamando la 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 dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa.

Orbene, proprio a tale riguardo, nella recente pronuncia la Corte ha ritenuto che “...una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.

Per effetto della Direttiva che precede, anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno, la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al

giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estesa anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione”.

Ritiene quindi la Corte che gli effetti della Direttiva possano ripercuotersi anche nel caso di una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno, ogniqualvolta l'appalto si sia concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima.

Il che ha condotto la Corte ad affermare che “Il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione”.

“Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.) perchè la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (art. 117), che è vincolante in tale senso per l'interprete.

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 Cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della P.A., su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 196).”

Le conclusioni cui è giunta la Corte- che il Collegio condivide - inducono a ritenere la sussistenza del potere del giudice amministrativo di conoscere anche del rapporto contrattuale che la normativa comunitaria prevede possa essere privato dei suoi effetti dallo stesso soggetto aggiudicante che ha stipulato l'atto e quindi dall'organo indipendente che decide sui ricorsi avverso i provvedimenti e le condotte conseguenti della stazione appaltante che sia soggetto di diritto pubblico. Come espressamente ricordato dalla Corte "La Direttiva CE n. 2007/66, infatti, nei suoi "considerando preliminari", al n. 13, espressamente stabilisce che negli Stati della Comunità "un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti", per cui il giudice adito, come "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice", come può annullare l'affidamento, ha il potere di dichiarare "privo di effetti" il contratto concluso dalla stessa amministrazione aggiudicante, con un contraente scelto illegittimamente (art. 2 quinquies Dir. n. 66 del 2007, par. 1)".

Ritenuto, quindi, alla luce dell'insegnamento della Corte che possa farsi rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione che la domanda di privazione degli effetti del successivo appalto concluso dalla stazione appaltante con la contraente scelta in modo illegittimo, per quanto riguarda il caso in esame può essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato nelle more dall'amministrazione sulla base di una gara svolta, per tutte le ragioni sopra evidenziate, in modo illegittimo.

Infine, per quanto riguarda le spese di giudizio, tenuto conto della particolarità della fattispecie, appare equo disporre l'integrale compensazione fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, nonché sul ricorso

incidentale, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, li accoglie entrambi e per l'effetto annulla tutti gli atti della procedura di gara.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 1 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2010

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

IL SEGRETARIO