

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29715-si-quindi-al-di-fuori-del-perimetro-della-giurisdizione-del-giudice-amministrativo-sulla-cd-sorta-del-contratto-la-cui-cognizione-presuppone-pur-sempre-anche-dopo-la-modifica-dell-art-244-d-lgs-1>

Autore: Lazzini Sonia

Si è quindi al di fuori del perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo sulla cd. sorta del contratto, la cui cognizione presuppone pur sempre - anche dopo la modifica dell'art. 244 d.lgs. 163/2006 per effetto dell'art. 7 del d.lgs. 53/2010 -

Tar Lombardia, Milano, 20.05.2010 n. 1574

Si è quindi al di fuori del perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo sulla cd. sorte del contratto, la cui cognizione presuppone pur sempre - anche dopo la modifica dell'art. 244 d.lgs. 163/2006 per effetto dell'art. 7 del d.lgs. 53/2010 - che l'inefficacia del contratto sia una conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Così non è nel caso in esame, nel quale si è ritenuta non fondata la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e nel quale non spetta a questo Giudice conoscere della validità intrinseca del contratto, in relazione ai suoi elementi costitutivi essenziali (prescindendo dai profili inerenti la legittimazione e l'interesse ad agire di parte ricorrente nei riguardi di un atto dalla cui caducazione non otterrebbe alcun vantaggio).

Quanto al primo profilo, il mancato rispetto del termine dilatorio per la stipula del contratto, merita sottolineare come si tratti di una censura che attiene ad una fase procedimentale successiva all'aggiudicazione e che presuppone, anzi, che la fase cd. pubblicistica, di selezione del contraente, sia già esaurita

Ciò posto, prima del d.lgs. 53/2010 con il quale si è data attuazione alla direttiva 2007/66/CE, il d.lgs. 163/2006 non stabiliva quali conseguenze derivassero dal mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11 co. 10, al punto che parte della dottrina aveva scorto nella disposizione un obbligo in capo alla stazione appaltante sprovvisto di sanzione (v. però Cons. St., VI, n. 4648).

La situazione è sensibilmente mutata per effetto del d.lgs. 53/2010 il cui art. 9 ha aggiunto l'art. 245 bis al d.lgs. 163/2006 (rubricato "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni") prevedendo ora espressamente che "se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

A questo si aggiunga come, nella vicenda in esame, l'inosservanza del termine dilatorio non ha interessato la stipula del contratto quanto, in tesi, l'esecuzione anticipata della fornitura, possibilità in linea di massima consentita all'epoca dei fatti in contestazione, prima che d.lgs. 53/2010 ne comminasse espressamente il divieto (v. art. 1 let. B) che modifica l'art. 11 co. 9 del d.lgs. 163/2006); e come, in punto di stretto fatto, sia revocabile in dubbio che vi sia stata una effettiva esecuzione anticipata della fornitura, risultando provato documentalmente che la consegna dei beni è avvenuta solamente il 20 gennaio del 2010, a distanza quindi di oltre due mesi dal verbale di aggiudicazione (v. documento di trasporto allegato alla memoria di Controinteressata depositata il 2.4.2010

Con l'ultimo motivo del ricorso introduttivo (il n. 13) e con i motivi aggiunti, la difesa di parte ricorrente lamenta infine la violazione dell'art. 11 del d.lgs. 163/2006, sotto due profili, peraltro connessi: per un verso, infatti, censura il fatto che la fornitura sia iniziata prima che decorresse il termine minimo di 30 giorni dalla (comunicazione della) aggiudicazione sul contratto, senza che fossero indicate le ragioni di urgenza; e, per altro verso, contesta le modalità di perfezionamento del contratto (di appalto).

Quanto al primo profilo, il mancato rispetto del termine dilatorio per la stipula del contratto, merita sottolineare come si tratti di una censura che attiene ad una fase procedimentale successiva all'aggiudicazione e che presuppone, anzi, che la fase cd. pubblicistica, di selezione del contraente, sia già esaurita.

Ciò posto, prima del d.lgs. 53/2010 con il quale si è data attuazione alla direttiva 2007/66/CE, il d.lgs. 163/2006 non stabiliva quali conseguenze derivassero dal mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11 co. 10, al punto che parte della dottrina aveva scorto nella disposizione un obbligo in capo alla stazione appaltante sprovvisto di sanzione (v. però Cons. St., VI, n. 4648).

La situazione è sensibilmente mutata per effetto del d.lgs. 53/2010 il cui art. 9 ha aggiunto l'art. 245 bis al d.lgs. 163/2006 (rubricato "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni") prevedendo ora espressamente che "se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

E' quindi evidente come non rilevi la semplice violazione del termine dilatorio quanto, piuttosto, la sua concreta incidenza sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Il che presuppone, nell'ordine, che l'aggiudicazione sia avvenuta illegittimamente e che il ricorrente possa vantare (quanto meno) una apprezzabile chance di aggiudicarsi la procedura e quindi di ottenere l'affidamento dell'appalto.

Trattasi di due presupposti – l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del controinteressato e la fondata pretesa di ottenere l'affidamento per il ricorrente – che nel caso di specie non ricorrono, una volta accertata l'infondatezza dei motivi di ricorso proposti nei confronti della procedura di gara. Dal che ne consegue, prima ancora dell'infondatezza della censura, la sua inammissibilità per carenza di interesse.

A questo si aggiunga come, nella vicenda in esame, l'inosservanza del termine dilatorio non ha interessato la stipula del contratto quanto, in tesi, l'esecuzione anticipata della fornitura, possibilità in linea di massima consentita all'epoca dei fatti in contestazione, prima che d.lgs. 53/2010 ne comminasse espressamente il divieto (v. art. 1 let. B) che modifica l'art. 11 co. 9 del d.lgs. 163/2006); e come, in punto di stretto fatto, sia revocabile in dubbio che vi sia stata una effettiva esecuzione anticipata della

fornitura, risultando provato documentalmente che la consegna dei beni è avvenuta solamente il 20 gennaio del 2010, a distanza quindi di oltre due mesi dal verbale di aggiudicazione (v. documento di trasporto allegato alla memoria di Controinteressata depositata il 2.4.2010).

Infine con i motivi aggiunti parte ricorrente censura le modalità con le quali si è proceduto alla stipula del contratto di appalto, attraverso la semplice sottoscrizione per accettazione, da parte di Controinteressata, del verbale di aggiudicazione, sul presupposto che ciò sia in contrasto con l'art. 11 co. 13 d.lgs. 163/2006.

Reputa il Collegio che tale censura abbia ad oggetto un vizio proprio del contratto, del quale si assume la mancanza della richiesta forma ad substantiam, estraneo alla vicenda della procedura di gara e della sua aggiudicazione. Si è quindi al di fuori del perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo sulla cd. sorte del contratto, la cui cognizione presuppone pur sempre - anche dopo la modifica dell'art. 244 d.lgs. 163/2006 per effetto dell'art. 7 del d.lgs. 53/2010 - che l'inefficacia del contratto sia una conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Così non è nel caso in esame, nel quale si è ritenuta non fondata la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e nel quale non spetta a questo Giudice conoscere della validità intrinseca del contratto, in relazione ai suoi elementi costitutivi essenziali (prescindendo dai profili inerenti la legittimazione e l'interesse ad agire di parte ricorrente nei riguardi di un atto dalla cui caducazione non otterrebbe alcun vantaggio).

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1574 del 20 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

N. 01574/2010 REG.SEN.
N. 00252/2010 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 252 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente S.p.A.- Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Alessandra Bazzani e Jacopo Recla, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, via Visconti di Modrone 12;

contro

Azienda Ospedaliera di Lodi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, via Larga 23;

nei confronti di

Controinteressata S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Frazzica in Milano, via San Paolo 7;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi n.926 del 19.11.2009, successivamente conosciuto, recante l'esito della procedura ristretta per la fornitura in service di n.2 sistemi completi per la diagnostica di chimica clinica occorrenti ai laboratori analisi di Lodi e Codogno - durata quinquennale - lotto 1" e relativi allegati, tra i quali:
- il verbale della Commissione giudicatrice di valutazione tecnico-qualitativa (e i relativi allegati);
- il verbale di aggiudicazione del Lotto 1;
- il verbale della Commissione giudicatrice - Valutazione dell'offerta anomala;
- di ogni eventuale ulteriore verbale, ivi compreso, in particolare, quello della seduta del 19 maggio 2009;
- del bando, della lettera di invito e dei relativi allegati e del capitolato speciale nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso

nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Lodi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 29/04/2010 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato il 4.7.2008 l'Azienda ospedaliera della Provincia di Lodi ha indetto una procedura ristretta, suddivisa in due lotti, per la fornitura in service, per cinque anni, di n. 2 sistemi completi per la diagnostica di chimica clinica occorrenti ai laboratori di analisi di Lodi e Codogno. Con riferimento al primo lotto la lettera di invito ha previsto, ai fini dell'offerta tecnica, cinque "caratteristiche tecnico-qualitative", ciascuna delle quali specificata attraverso criteri motivazionali.

La procedura, alla quale sono state invitate solamente due imprese, è stata aggiudicata in favore della Controinteressata s.p.a., che ha conseguito il punteggio complessivo di 91,42 (47,60 per la parte tecnica e 43,82 per quella economica).

La seconda classificata, Ricorrente s.p.a., con il ricorso introduttivo ha impugnato l'aggiudicazione, unitamente ai verbali di gara indicati in epigrafe e alla lex specialis, articolando numerosi motivi di illegittimità. In estrema sintesi, ha dedotto tre distinti ordini di censure concernenti, nell'ordine: A) la carenza assoluta di motivazione nell'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica (motivi 1, 2, 3 e 4);

B) l'insufficienza della verbalizzazione delle operazioni di gara in uno con l'omessa indicazione delle modalità di conservazione delle offerte (motivi da 5 ad 11); C) il difetto di motivazione del giudizio di congruità sull'anomalia dell'offerta della controinteressata e la violazione dell'art. 11 d.lgs. 163/2006 (motivi 12 e 13).

Con successivi motivi aggiunti ha impugnato il contratto di appalto, sottoscritto dalla controinteressata con la stazione appaltante, deducendo la violazione dell'art. 11 d.lgs. 163/2006 e lamentando il fatto che la fornitura sia iniziata prima del decorso del termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione e censurando, inoltre, le modalità di stipulazione del contratto, attraverso la semplice accettazione del verbale di aggiudicazione.

Ha resistito al gravame l'Azienda ospedaliera, con articolata memoria difensiva, eccependo preliminarmente la tardività del ricorso e, nel merito, la sua infondatezza.

Si è costituita anche la controinteressata, replicando alle censure di parte ricorrente. Respinta l'istanza di decreto cautelare e rinunciata, nella camera di consiglio del 24.2.2010, la domanda di sospensione, all'udienza pubblica del 29.4.2010 la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

DIRITTO

1. Osserva il Collegio preliminarmente come, ad onta dei rilievi di parte resistente, il ricorso introduttivo sia tempestivamente proposto. Sul consolidato presupposto che il partecipante alla gara abbia una semplice facoltà e non già l'obbligo (o meglio l'onere) di impugnare l'aggiudicazione provvisoria (v. per tutti Cons. St., V, n. 1068/2006), ben potendo attendere quella definitiva, come è avvenuto nel caso di specie, conformemente del resto alla regola generale secondo, in linea di massima (con l'eccezione, ad esempio, dell'esclusione dalla procedura), gli atti endoprocedimentali non sono immediatamente lesivi prima dell'adozione del provvedimento finale.

2. Ciò posto, come ricordato sopra, l'odierna ricorrente ha articolato numerose censure nei confronti dell'aggiudicazione definitiva e, nell'insieme, dell'intera procedura di gara, senza peraltro distinguere all'apparenza tra vizi invalidanti in ipotesi la sola aggiudicazione in favore di Controinteressata e vizi invece caducanti, sempre in ipotesi di accoglimento, l'intera procedura di gara. Appartengono infatti alla prima tipologia quelli dedotti con il motivo n. 12, incentrati sulla verifica di anomalia disposta nei confronti della (sola) offerta di Controinteressata; mentre appartengono alla seconda tipologia i primi undici motivi, poiché inerenti alle modalità di valutazione delle offerte tecniche, di verbalizzazione delle operazioni di gara, di conservazione dei plichi. Sono infine inerenti alla fase successiva all'aggiudicazione le censure dedotte attraverso il motivo 13, reiterate con i motivi aggiunti.

Orbene privilegiando il criterio cronologico, nello stesso ordine peraltro seguito dalla ricorrente, si esamineranno dapprima le censure del secondo tipo.

3. Quanto ai vizi relativi alla motivazione nell'attribuzione dei punteggi tecnici (motivi da 1 a 4), merita sottolineare in premessa come la *lex specialis* prevedesse per l'offerta tecnica il punteggio massimo di 50, suddiviso in 5 distinte voci; come ciascuna di dette voci (o criteri di valutazione) si articolasse a sua volta in una serie di sotto voci (o sub-criteri), per un totale di 40; come fossero previsti criteri motivazionali per ciascuna singola sotto voce.

Tutto questo per sottolineare come la stazione appaltante avesse stabilito a monte, direttamente nella legge di gara, criteri dettagliati e articolati per la valutazione delle offerte tecniche, delimitando la misura dell'apprezzamento tecnico della Commissione giudicatrice.

Al cospetto di criteri e sottocriteri dettagliati, specifici e puntuali, reputa il Collegio di conformarsi all'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui in tali ipotesi il punteggio numerico costituisce motivazione sufficiente (v., per tutti, Cds,

V, n. 3070/2009 e Tar Lombardia, Milano, I, n. 1370/2008). Tanto più nel caso di specie, nel quale le censure della ricorrente sono state prospettate in termini piuttosto astratti e teorici, ovvero senza contestare in concreto l'attribuzione dei punteggi, fatta eccezione per gli elementi 1.b), 1.c.) ed 1.d), che da soli sono tuttavia inidonei a vincere la prova di resistenza e a dimostrare, quanto meno in via presuntiva, la ragionevole possibilità per Ricorrente di conseguire un migliore punteggio per l'offerta tecnica (per la quale lo scarto rispetto a Controinteressata è stato di quasi quindici punti) tale da determinare la sua aggiudicazione della procedura.

4. Con il secondo ordine di censure (motivi da 5 a 11) la ricorrente contesta, come già ricordato, le modalità di verbalizzazione delle operazioni di gara, di conservazione delle offerte, il rispetto dei principi di continuità e di concentrazione della gara.

4.1. Quanto al primo profilo, deducendo la violazione dell'art. 78 d.l.gs. 163/2006 e dei principi di trasparenza ed imparzialità di cui agli artt. 97 Cost. e 1 l. 241/1990, lamenta in termini generali la mancata indicazione, nei verbali, della durata delle singole sedute di gara e del loro esatto contenuto e, con particolare riferimento ai sopralluoghi, effettuati dalla Commissione presso gli impianti dei concorrenti, e alla seduta del 27.7.2009, l'integrale omissione di qualunque indicazione.

Replica la stazione appaltante sottolineando come l'esame delle offerte tecniche sia avvenuto di necessità attraverso più sedute della Commissione giudicatrice, anche in ragione dei numerosi criteri e sub criteri di valutazione previsti, e come debba ritenersi sufficiente, al fine di riassumere e documentare le attività svolte, il verbale del 29.9.2009 cui sono stati allegati i fogli firma delle diverse sedute svolte a far data dall'11.6.2009.

Orbene, osserva il Collegio come nella procedura in oggetto, nella quale l'esame delle offerte tecniche si è svolto attraverso numerose sedute lungo un arco

temporale di oltre tre mesi, la Commissione giudicatrice abbia, attraverso il verbale redatto in data 29.9.2009, conclusivo delle operazioni relative alle offerte tecniche, proceduto a riassumere l'attività compiuta nelle precedenti sedute, allegandovi i relativi fogli-firme.

In detti fogli sono indicate, oltre alle firme dei commissari, le attività compiute, in termini innegabilmente sintetici (ad esempio, nella seduta del 23.6.2009, vi si legge semplicemente "confronto offerte"; in quelle del 28.7.2009 e del 30.7.2009, "attribuzione punteggi", in quella del 29.9.2009, "inserimento motivazione punteggi attribuiti"). In un caso, si fa riferimento alla seduta del 27.7.2009, è peraltro omessa qualunque indicazione. Ancora, in occasione dei sopralluoghi effettuati il 2.7.2009 ed il 9.7.2009, presso i laboratori rispettivamente di Ricorrente e Controinteressatan, non si dispone neppure dei fogli-firme.

Si è quindi al cospetto di una verbalizzazione non contestuale, cui si è proceduto in forma ampiamente riassuntiva, a distanza di un lasso di tempo piuttosto ampio dalla data delle singole sedute di gara.

Ciò posto, vale richiamare la giurisprudenza in materia (v. Cds, V, n. 278/2009 e 4463/2005), per la quale è possibile in linea di principio che la verbalizzazione non sia contestuale alle sedute di gara, a condizione che la successiva attività di documentazione avvenga entro un termine congruo, ovvero ragionevole.

Nel caso di specie, come anticipato, la verbalizzazione è avvenuta solamente il 29.9.2009 a distanza di circa tre mesi dalla prima seduta di gara del 16.6.2009. Tale spazio temporale, considerevole se valutato in astratto, può essere però considerato tutto sommato congruo e ragionevole, ove si tenga conto della pausa estiva che generalmente copre l'intero mese di agosto. Il che vale a disattendere anche il motivo n. 11 concernente la violazione del principio di continuità della procedura di gara, dedotto proprio in relazione al tempo trascorso tra la seduta del 30.7.2009 e quella del 29.9.2009, senza che la Commissione si sia riunita.

Sin qui il profilo temporale. Per quanto attiene al contenuto della verbalizzazione, appare dirimente rilevare come al verbale del 29.9.2009 siano stati allegati i ricordati fogli- firma delle singole sedute di gara, recanti le firme dei commissari in uno con l'indicazione, sebbene in forma assai sintetica, dell'oggetto della riunione. Le sole attività della Commissione non documentate sono quelle relative ai sopralluoghi effettuati il 2 ed il 9 luglio 2009 presso i laboratori dei concorrenti. Con la precisazione, tuttavia, che a tali attività è fatto espresso richiamo nel verbale del 29.9.2009 e che non è in contestazione la loro esistenza sul piano storico. Sicché la mancata documentazione dettagliata di tali sopralluoghi, al pari dell'omesso contenuto della seduta svoltasi il 27.7.2009, integra al più un'irregolarità formale della procedura, inidonea da sola ad inficiarne gli esiti.

4.2. Quanto al secondo aspetto, concernente le modalità di conservazione delle offerte, è sufficiente osservare come la censura sia stata prospettata in termini meramente ipotetici, senza allegare alcun elemento integrante il benché minimo indizio o sospetto di irregolarità commesse dalla Commissione nella valutazione delle offerte tecniche, tanto più che avverso i relativi esiti parte ricorrente non ha mosso alcun rilievo capace di superare la prova di resistenza (v. già Tar Lombardia, Milano, III, n. 1983/2006).

5. Quanto al terzo ordine di censure, relative alla della verifica di anomalia, parte ricorrente lamenta il difetto di motivazione (e di istruttoria) del giudizio di congruità relativo all'offerta della controinteressata.

E' noto come, in linea generale, possano distinguersi, in argomento, due orientamenti di massima.

Secondo un primo orientamento, prevalente in giurisprudenza, nelle ipotesi in cui la verifica abbia esito positivo (pervenendosi, come è avvenuto nel caso in esame, ad un giudizio di non anomalia dell'offerta), la motivazione può essere meno accurata di quella richiesta in caso di verifica negativa, con la precisazione peraltro

che ciò non equivale ad ammettere l'integrale omissione della motivazione, occorrendo pur sempre fare richiamo alle giustificazioni fornite dal concorrente, a condizione però che queste siano state complete ed esaustive (cfr., per tutte, Cons. st., sez. VI, n. 5191/2006).

Secondo una diversa tesi, invece, l'obbligo di (una adeguata) motivazione si impone non solo nel caso di giudizio finale negativo, ma anche nel caso di giudizio finale positivo e ciò sia in ossequio all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, sia a tutela, negli appalti, della par condicio dei concorrenti (Cons. St., sez. IV, n. 1231/2005).

Il primo orientamento, sebbene rispondente ad un'avvertita esigenza di accelerazione e semplificazione dei compiti delle Commissioni di gara, può suscitare alcune perplessità ove si rifletta come, in questo modo, l'obbligo di motivazione finisce per essere "traslato" sulle imprese sottoposte al giudizio di anomalia, risolvendosi nel generale onere procedimentale di allegazione e dimostrazione in ordine alla congruità complessiva della loro offerta.

Si aggiunga come la motivazione della p.a. conservi pur sempre la sua centralità, ai fini della verifica del giudizio di anomalia e dell'esercizio della discrezionalità tecnica ad esso connaturata, anche a fronte della significativa evoluzione giurisprudenziale registratasi nell'ultimo decennio in ordine al sindacato giurisdizionale in tale ambito, concepito oramai non più come solamente estrinseco ma, all'occorrenza, anche intrinseco.

Infatti, una motivazione del tutto assente o gravemente lacunosa non solo impedisce al giudice di ricostruire l'iter logico che ha guidato l'amministrazione nella sua scelta, ma pregiudica anche la stessa possibilità di verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate sotto il profilo della loro correttezza.

Ciò posto, è dirimente osservare come, nel caso di specie, parte ricorrente abbia articolato censure di carattere solamente formale all'indirizzo della verifica di

anomalia, senza però prospettare concreti profili di incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria. Può quindi ritenersi che il rilievo di genericità mosso (dalla ricorrente) alle giustificazioni offerte da Controinteressata valga anche per le censure dedotte da Ricorrente, su cui grava pur sempre l'onere (quanto meno di un principio) della prova (v. Tar Campania, Napoli, I, 6422/2007; Cons. St., V, n. 4949/2006). Tanto più che nella procedura in esame – che, giova ricordare, ha ad oggetto un appalto di forniture – non è stata Controinteressata a presentare l'offerta economica più bassa ma Ricorrente.

6. Con l'ultimo motivo del ricorso introduttivo (il n. 13) e con i motivi aggiunti, la difesa di parte ricorrente lamenta infine la violazione dell'art. 11 del d.lgs. 163/2006, sotto due profili, peraltro connessi: per un verso, infatti, censura il fatto che la fornitura sia iniziata prima che decorresse il termine minimo di 30 giorni dalla (comunicazione della) aggiudicazione sul contratto, senza che fossero indicate le ragioni di urgenza; e, per altro verso, contesta le modalità di perfezionamento del contratto (di appalto).

Quanto al primo profilo, il mancato rispetto del termine dilatorio per la stipula del contratto, merita sottolineare come si tratti di una censura che attiene ad una fase procedimentale successiva all'aggiudicazione e che presuppone, anzi, che la fase cd. pubblicistica, di selezione del contraente, sia già esaurita.

Ciò posto, prima del d.lgs. 53/2010 con il quale si è data attuazione alla direttiva 2007/66/CE, il d.lgs. 163/2006 non stabiliva quali conseguenze derivassero dal mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11 co. 10, al punto che parte della dottrina aveva scorto nella disposizione un obbligo in capo alla stazione appaltante sprovvisto di sanzione (v. però Cons. St., VI, n. 4648).

La situazione è sensibilmente mutata per effetto del d.lgs. 53/2010 il cui art. 9 ha aggiunto l'art. 245 bis al d.lgs. 163/2006 (rubricato "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni") prevedendo ora espressamente che "se il contratto è stato

stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

E' quindi evidente come non rilevi la semplice violazione del termine dilatorio quanto, piuttosto, la sua concreta incidenza sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Il che presuppone, nell'ordine, che l'aggiudicazione sia avvenuta illegittimamente e che il ricorrente possa vantare (quanto meno) una apprezzabile chance di aggiudicarsi la procedura e quindi di ottenere l'affidamento dell'appalto.

Trattasi di due presupposti – l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del controinteressato e la fondata pretesa di ottenere l'affidamento per il ricorrente – che nel caso di specie non ricorrono, una volta accertata l'infondatezza dei motivi di ricorso proposti nei confronti della procedura di gara. Dal che ne consegue, prima ancora dell'infondatezza della censura, la sua inammissibilità per carenza di interesse.

A questo si aggiunga come, nella vicenda in esame, l'inosservanza del termine dilatorio non ha interessato la stipula del contratto quanto, in tesi, l'esecuzione anticipata della fornitura, possibilità in linea di massima consentita all'epoca dei fatti in contestazione, prima che d.lgs. 53/2010 ne comminasse espressamente il divieto (v. art. 1 let. B) che modifica l'art. 11 co. 9 del d.lgs. 163/2006); e come, in punto di stretto fatto, sia revocabile in dubbio che vi sia stata una effettiva esecuzione anticipata della fornitura, risultando provato documentalmente che la consegna dei beni è avvenuta solamente il 20 gennaio del 2010, a distanza quindi di

oltre due mesi dal verbale di aggiudicazione (v. documento di trasporto allegato alla memoria di Controinteressata depositata il 2.4.2010).

Infine con i motivi aggiunti parte ricorrente censura le modalità con le quali si è proceduto alla stipula del contratto di appalto, attraverso la semplice sottoscrizione per accettazione, da parte di Controinteressata, del verbale di aggiudicazione, sul presupposto che ciò sia in contrasto con l'art. 11 co. 13 d.lgs. 163/2006.

Reputa il Collegio che tale censura abbia ad oggetto un vizio proprio del contratto, del quale si assume la mancanza della richiesta forma ad substantiam, estraneo alla vicenda della procedura di gara e della sua aggiudicazione. Si è quindi al di fuori del perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo sulla cd. sorte del contratto, la cui cognizione presuppone pur sempre - anche dopo la modifica dell'art. 244 d.lgs. 163/2006 per effetto dell'art. 7 del d.lgs. 53/2010 - che l'inefficacia del contratto sia una conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Così non è nel caso in esame, nel quale si è ritenuta non fondata la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e nel quale non spetta a questo Giudice conoscere della validità intrinseca del contratto, in relazione ai suoi elementi costitutivi essenziali (prescindendo dai profili inerenti la legittimazione e l'interesse ad agire di parte ricorrente nei riguardi di un atto dalla cui caducazione non otterrebbe alcun vantaggio).

7. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui evidenziate, il ricorso introduttivo è infondato e va respinto, mentre i motivi aggiunti sono inammissibili per carenza di interesse e per difetto di giurisdizione.

8. Si ravvisano giustificati motivi per compensare le spese di lite, in ragione della complessità e della novità di talune delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, prima sezione, definitivamente pronunciando così provvede:

respinge il ricorso introduttivo;

dichiara inammissibili i motivi aggiunti;

compensa le spese.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio del 29/04/2010 e del 19/05/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario, Estensore

Marco Poppi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2010

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

IL SEGRETARIO