

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29776-il-giudice-amministrativo-disponendo-di-giurisdizione-esclusiva-e-quindi-di-cognizione-piena-pu-annullare-gli-atti-di-gara-e-dichiarare-privo-di-effetti-il-contratto-stipulato>

Autore: Lazzini Sonia

**Il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato**

**Tar Lazio, Roma, 16.06.2010 n. 18131\_QUATER**

***Il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato.***

Non è poi predicabile l'inapplicabilità del direttiva 2077/66 alla fattispecie all'esame, asserita con rilievo al fatto che la decisione dell'amministrazione è intervenuta prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, perché – in disparte la considerazione che gli atti impugnati sono stati adottati oltre il termine (20 dicembre 2009) fissato per il suo recepimento negli Stati membri (l'aggiudicazione della gara è intervenuta il 28 dicembre 2009, la conclusione del contratto il successivo giorno 29) – la Cassazione ha stabilito che la cognizione piena del giudice amministrativo, in relazione alla direttiva 2077/66, inerisce a tutte le procedure concorsuali intervenute dopo l'entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007), e quindi anche prima del summenzionato termine di recepimento.

La ricorrente, formula, in diritto, sette motivi di gravame, con l'ultimo dei quali è dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, per avere la stazione appaltante ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto (procedendo alla stipula addirittura il giorno successivo a quello in cui è stata disposta l'aggiudicazione), e privando la società ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima di detta stipulazione.

In forza di tali violazione, chiede che, previo annullamento dei provvedimenti impugnati, venga dichiarata la nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto stipulato con la CONTROINTERESSATA International.

1.3.- Con motivi aggiunti notificati in data 5 maggio 2010, il raggruppamento ricorrente, nella sopravvenienza del d.lgs. n. 53/2010, che ha recepito nell'ordinamento la precettata direttiva

2007/66/CE, avanza domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto d'appalto, anche ai sensi dell'art. 245-ter del d.lgs. n. 163/2006 (norma introdotta dall'ora citato d.lgs. n. 53).

La fondatezza del primo, terzo e quarto motivo di ricorso spingono ad assorbire i rimanenti motivi ad eccezione dell'ultimo, e cioè del settimo, con il quale viene dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE per avere l'ente resistente ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto.

Si riferisce in proposito che l'aggiudicazione definitiva della gara è stata comunicata alla ricorrente in data 28 dicembre 2008, ma che l'ENIT ha proceduto alla stipula del contratto il giorno successivo, così privando la ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima dell'intervenuta stipulazione.

Tale circostanza varrebbe a rendere il contratto di appalto nullo, invalido e comunque inefficace, ai sensi della direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE “per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”; tanto alla stregua delle argomentazioni che seguono.

Tra le modifiche apportate al testo della direttiva 89/665/CEE rileverebbero, in particolare, quelle introdotte con gli articoli 2 bis e 2 quinquies.

L'art. 2 bis, comma 2, della direttiva (recante “Termine sospensivo”) dispone che “la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto”.

Ai sensi dell'articolo 2 quinquies (“Privazione di effetti”) “Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti: [...]”

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/17/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto”.

Ad avviso della deducente poiché le riferite disposizioni recano un contenuto dettagliato e particolareggiato, indicando con precisione le norme interne che gli Stati membri sono tenuti ad adottare, esse sono dotate di effetto diretto e sono quindi direttamente applicabili alla fattispecie oggetto della presente impugnativa.

La diretta applicabilità della normativa comunitaria risulterebbe peraltro dal fatto che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva 2007/66/CE, “Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 20 dicembre 2009” e che il termine di trasposizione è decorso senza che lo Stato Italiano abbia adottato le corrispondenti disposizioni attuative.

Soggiunge poi il raggruppamento ricorrente che, anche a prescindere da quanto dedotto in tema di violazione della precitata direttiva comunitaria, il contratto de quo sarebbe nullo, invalido ed inefficace anche ai sensi dell'art. 11, comma 10, del D.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del

provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine”.

L'effetto caducatorio del contratto non potrebbe del resto essere escluso dalla sussistenza di motivate ragioni di particolare urgenza che avrebbero consentito di disattendere il suddetto termine, non potendosi nella specie dette ragioni configurarsi, in relazione all'oggetto di un appalto consistente in una serie di prestazioni finalizzate alla partecipazione ad una serie di eventi (“principali fiere turistiche”) indeterminati e comunque tra loro del tutto autonomi ed indipendenti, che avranno luogo nel biennio 2010/2011.

La prospettazione difensiva è resistita dalle controparti eccependosi:

a.- da parte della stazione appaltante, l'inammissibilità del motivo per carenza di giurisdizione del giudice adito, nel rilievo, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che rientra nella cognizione dell'A.G.O. la domanda tesa a conseguire la declaratoria di nullità e/o di inefficacia e/o l'annullamento del contratto di appalto pubblico, risultando la giurisdizione (esclusiva) del G.A. circoscritta agli atti della procedura all'evidenza pubblica, che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione definitiva (Cass. S.U. 19805/2008; 27 169/2007; 6068/2009 e 29425/2008; nonché Cons. St., Ad. Plen. n. 9/2008 e Cons. St. Sez. V, n. 3070/2009).

La direttiva 2007/66 ex adverso richiamata non varrebbe a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto già stipulato, in quanto le disposizioni di tale direttiva hanno acquisito efficacia diretta solo a decorrere dal 20 dicembre 2009 (termine, inutilmente spirato, della trasposizione), sicché esse non possono trovare applicazione nelle gare d'appalto indette (come la presente) prima di tale data (cfr. Corte di Giustizia U.E., sentenza 15 ottobre 2009, causa C- 138/08, secondo la quale le direttive in materia di appalti non sono applicabili nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice prima della scadenza del termine per la trasposizione ditali direttive);

b.- da parte della controinteressata, che nessuna violazione alle normative richiamate sarebbe stata effettuata in quanto il contratto è stato stipulato prima del prescritto termine di trenta giorni in quanto il calendario dell'ENIT aveva previsto l'allestimento degli stand fieristici oggetto dell'appalto all'inizio del gennaio 2010, donde l'urgenza di sottoscrivere il contratto affinché la CONTROINTERESSATA potesse sin da subito iniziare a lavorare.

Non vi sarebbe stata peraltro la richiamata violazione della normativa comunitaria. Ciò in ragione del fatto che l'art. 2 bis della direttiva 89/655/CEE, introdotto dalla Direttiva 2007/66/CE, che individua “in dieci giorni civili” lo spazio temporale non disponibile per la conclusione del contratto dall'intervenuta aggiudicazione, non distinguerebbe tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva; consegue che, essendo la ricorrente venuta presumibilmente a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria in favore della CONTROINTERESSATA in data 12 dicembre 2009, i dieci giorni terminavano il successivo 22 dicembre 2009. Poiché il contratto è stato stipulato in data 29 dicembre 2009, e quindi dopo il decorso del previsto termine di dieci giorni, non vi è spazio per dedurre l'inosservanza della sopra citata normativa comunitaria.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Tutte le eccezioni variamente opposte dalle controparti sono da disattendere.

3.5.2.- Ad iniziare da quelle che fanno leva sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale secondo cui sono riservate al giudice ordinario le controversie relative al contratto stipulato all'esito della gara per la scelta dell'impresa aggiudicataria.

Deve invero rammentarsi che erano state le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 27169 del 28 dicembre 2007 (cui si è adeguato l'orientamento successivo della Corte, cui ha fatto riferimento l'ente resistente), a perimetare il raggio di cognizione del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici e a frenarne la tendenza espansiva includente la sorte del contratto dopo l'aggiudicazione della gara.

E' del resto noto che, con la decisione dell'adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2008, il Consiglio di Stato, aderendo al menzionato arresto giurisprudenziale, ha preservato – con evidente soluzione di

compromesso – la giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia, ma solo nella sede del giudizio di esecuzione del giudicato.

Va peraltro significativamente soggiunto che proprio di recente il Giudice della giurisdizione, con ordinanza n. 2906 in data 10 febbraio 2010, sottoponendo a rivisitazione il proprio precedente orientamento dicotomico in materia di appalti pubblici fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (con conseguente necessità della celebrazione di due distinti processi: dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento della gara d'appalto, dinanzi al giudice ordinario per la rimozione del contratto oggetto dell'appalto), ha stabilito che è il giudice amministrativo l'organo giuricontrointeressatazionale deputato a garantire la tutela piena in tema di aggiudicazione illegittima, dovendosi radicare in capo a detto giudice anche i poteri caducatori del contratto concluso sulla base di una aggiudicazione siffatta.

Tale revirement, sostanzialmente anticipatorio della disciplina sugli appalti pubblici posta con il d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010, con cui si darà di lì a breve attuazione alla direttiva 2007/66/Ce, si riassume in quel che, nell'ordinanza n. 2906/2010, la Corte individua quali "Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007", e che, per i riflessi sulla vicenda all'esame, si ritiene di dover riportare per extenso:

"La più volte citata Direttiva CE n. 66 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2007 sul miglioramento delle procedure di ricorso in caso di aggiudicazione di appalti pubblici, pur se non autoesecutiva, ha inciso sul sistema di tutela del soggetto danneggiato da procedure violative dei principi della concorrenza, prevedendo che gli Stati membri della CE assicurino a questo di ricorrere a un unico "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 2, quinque, comma 1); tale organo, "se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente" dall'ente aggiudicante, deve anzitutto annullare tale provvedimento (art. 2, comma 6), potendo poi disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2, quinque comma 1), prendendo in considerazione eventuali "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano il mantenimento degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti.

L'art. 3 della Direttiva citata stabilisce il termine entro il quale gli Stati membri devono "mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi" ad essa "entro il 20 dicembre 2009", ma tali norme attuative non sono state ancora emesse.

La mancata tempestiva trasposizione nel diritto interno di Direttive CE costituisce condotta inadempiente dello Stato che dà diritto ai soggetti lesi da tale omissione o ritardo non solo al risarcimento del danno ((Cass. 22 ottobre 2009 n. 2440, S.U. 17 aprile 2009 n. 9147) ma anche al diritto di chiedere alle autorità dello Stato - amministrative e/o giuricontrointeressatazionali - di conformarsi, nella loro attività, ai principi sanciti dalle stesse direttive CE per le loro disposizioni chiare, incondizionate e scadute, con conseguenti effetti orizzontali di esse nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE. Alla luce delle considerazioni già svolte per le quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine alla richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica, che si esplica e realizza, con la domanda di caducazione del contratto corrispondente alla "privazione di effetti" di cui alla citata Direttiva n. 66/2007, per l'appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima, l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giuricontrointeressatazionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno.

Se il giudizio amministrativo viene limitato all'affidamento e alla mera sostituzione dell'aggiudicatario illegittimamente scelto con il ricorrente, impedendosi al giudice di "disporre" la reintegrazione del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella medesima sentenza da esso emessa, cioè quello di eseguire i lavori oggetto del contratto di appalto precluso dal medesimo atto negoziale nelle more del giudizio stipulato dall'aggiudicatario scelto illegittimamente, si perviene ad una conclusione che è difforme dal sistema costituzionale e comunitario oggi vincolante per cui devono riconoscersi i poteri cognitivi del giudice amministrativo nella fatispecie concreta.

Inoltre la trattazione disgiunta delle due domande ritarda, con la esigenza di adire altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio, in

contrastò, come già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate.

In conclusione, può quindi affermarsi che "la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta 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.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.

Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuto dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata".

Tutti gli assunti argomentativi della Corte procedono dal dato, evidenziato nell'ordinanza medesima, che la direttiva n. 66/2007 dia rilievo con chiarezza ai principi tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, cui essa si ispira, in rapporto alla effettività della tutela del bene della vita a base e oggetto delle posizioni soggettive azionate nel caso concreto e al fine di garantire la ragionevole durata del processo, ciò conducendo all'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto.

Ciò consente – riandando all'esame delle argomentazioni svolte dalla stazione appaltante – di rigettarle non potendosi denegare, alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 18131 del 16 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

**N. 18131/2010 REG.SEN.  
N. 01257/2010 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 il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1257 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ricorrente s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante p.t., mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le imprese Ricorrente due 2000 s.r.l. ed Ricorrente tre s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore in Roma, alla via Principessa Clotilde n. 2;

*contro*

ENIT - Ente Nazionale Italiano per il Turismo, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede - in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12 – domicilia per legge;

*nei confronti di*

CONTROINTERESSATA International s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Tedeschini e Fabiana Seghini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Largo Messico, n. 7;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore della CONTROINTERESSATA International s.r.l.;

- della nota ENIT prot. UREM/4278 del 28 dicembre 2009, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva della gara alla CONTROINTERESSATA International s.r.l.;

- di tutti i verbali delle sedute della commissione di gara;

- della determinazione del Direttore Generale n. 103/2009, con la quale è stata nominata la commissione di gara;

- di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale;

nonché

per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto stipulato con la CONTROINTERESSATA International s.r.l..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ENIT - Ente Nazionale Italiano per il Turismo e di CONTROINTERESSATA International s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale notificato in data 23 aprile 2010;

Visti i motivi aggiunti notificati in data 5 maggio 2010;

Viste le memorie difensive presentate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla udienza pubblica del 27 maggio 2010 il cons. Massimo L. Calveri e uditi i difensori delle parti come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso notificato in data 10 febbraio 2010, il costituendo RTI tra le imprese Ricorrente s.r.l., designata mandataria, Ricorrente due 2000 s.r.l. ed Ricorrente tre s.r.l., impugna i provvedimenti in epigrafe, e in particolare il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata CONTROINTERESSATA International s.r.l., della gara d'appalto, indetta

dall'ENIT – Agenzia Nazionale del Turismo – “*per l'affidamento delle attività inerenti alla ideazione, progettazione, costruzione, allestimento e funzionamento dello ‘stand italia’ per la partecipazione alle principali fiere turistiche internazionali in programma in Italia, nei paesi europei ed extraeuropei nel biennio 2010/2011*”, per l'importo massimo stimato in € 10.050.000,00.

1.1.- Premette, in fatto, di avere partecipato alla procedura selettiva, basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, e di essersi collocata al secondo posto della graduatoria di gara.

Soggiunge che, all'esito dell'accesso agli atti di gara, è venuta a conoscenza di numerosi vizi nella documentazione presentata dall'aggiudicataria, che ne avrebbero dovuto determinare l'esclusione dalla procedura.

1.2.- Formula, in diritto, sette motivi di gravame, con l'ultimo dei quali è dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, per avere la stazione appaltante ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto (procedendo alla stipula addirittura il giorno successivo a quello in cui è stata disposta l'aggiudicazione), e privando la società ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima di detta stipulazione.

In forza di tali violazione, chiede che, previo annullamento dei provvedimenti impugnati, venga dichiarata la nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto stipulato con la CONTROINTERESSATA International.

1.3.- Con motivi aggiunti notificati in data 5 maggio 2010, il raggruppamento ricorrente, nella sopravvenienza del d.lgs. n. 53/2010, che ha recepito nell'ordinamento la precettata direttiva 2007/66/CE, avanza domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto d'appalto, anche ai sensi dell'art. 245-ter del d.lgs. n. 163/2006 (norma introdotta dall'ora citato d.lgs. n. 53).

1.4.- Intanto, con ricorso incidentale notificato in data 23 aprile 2010, la società aggiudicataria, all'esito dell'accesso agli atti della Commissione di gara e alla documentazione qui prodotta dalla società ricorrente, impugna gli atti già gravati da quest'ultima, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso principale.

1.5.- Alla udienza pubblica del 27 maggio 2010, sulle conclusioni delle parti, il ricorso è trattenuto in decisione.

2.- Il Collegio ritiene di esaminare con priorità il ricorso incidentale, con il quale la controinteressata CONTROINTERESSATA International, aggiudicataria della gara d'appalto di cui in premessa, contesta la legittimazione della ricorrente principale alla partecipazione alla gara.

Sostiene che la stessa ricorrente principale verserebbe, in parte, negli stessi vizi dalla medesima imputati all'aggiudicataria (mancata presentazione di idonea dichiarazione in ordine all'insussistenza in capo all'amministratore unico, cessato dalla carica, di non versare in una delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006; mancata presentazione di regolare Documento Unico di regolarità Contributiva; violazione del punto B.a) n. 5 della lettera di invito); con la conseguenza che l'accoglimento di tali motivi farebbe venir meno ogni interesse strumentale della ricorrente principale alla ripetizione di una gara dalla quale sarebbe stata esclusa prima dell'aggiudicazione della gara medesima alla deducente incidentale.

2.1.- Oppone la ricorrente principale che tale ricorso incidentale, nei termini proposti, sia irricevibile e/o inammissibile in quanto notificato oltre il termine decadenziale di quarantacinque giorni prescritto dal combinato disposto degli artt. 37, comma 3, r.d. n. 1054/1924 e 23-bis della legge n. 1034/1971; oppone altresì l'ulteriore preclusione all'esame del ricorso incidentale in quanto depositato oltre il termine decadenziale di cinque giorni desumibile dalle norme testé enunciate.

2.1.1.- L'eccezione pregiudiziale è fondata.

Come argomentato dalla difesa della ricorrente, sulla base di pertinente giurisprudenza anche di questo Tribunale (sent. Sez. II-ter, 31 luglio 2009, n. 7747), posto che il termine di trenta giorni per la notifica del ricorso incidentale di primo grado decorre, ai sensi dell'art. 37 del r.d. n. 1054/1924, dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso principale, e che nel rito speciale di cui all'art. 23-*bis* della legge n. 1034/1971, il dimezzamento dei termini processuali include anche quello di deposito del ricorso principale, stabilito di conseguenza in quindici giorni, il termine complessivo per la notifica del ricorso incidentale è di quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso principale (dovendosi sommare tale termine di quindici giorni a quello di trenta previsto per la notifica del ricorso incidentale).

Nel caso all'esame, considerato che il ricorso introduttivo è stato notificato in data 10 febbraio 2010, il ricorso incidentale avrebbe dovuto notificarsi entro il successivo 27 marzo; poiché la notifica è invece intervenuta solo il 23 aprile 2010, non può dubitarsi dell'inutile spirare del previsto termine perentorio, con conseguente inammissibilità per tardività dell'impugnativa incidentale.

2.1.2.- Peraltro - e come sotto altro verso eccepito - il ricorso incidentale è inammissibile per tardività del deposito, essendo questo intervenuto oltre il previsto termine decadenziale di cinque giorni, così ridotto (rispetto all'ordinario termine di dieci giorni) in base al rito speciale del precitato art. 23-*bis* della legge n. 1034/1971.

Risulta infatti che tale ricorso è stato depositato in data 30 aprile 2010, e quindi oltre il termine di cinque giorni dalla notifica del medesimo, intervenuta, come si è riferito, il precedente 23 aprile.

2.2.- In relazione al ricorso incidentale, la difesa della controinteressata ha tenuto ad evidenziare, in sede di discussione orale alla pubblica udienza di trattazione, che l'eventuale dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso incidentale non farebbe venir meno l'interesse a far valere quest'ultimo come memoria difensiva.

In proposito, è agevole osservare che l'inammissibilità del ricorso incidentale conduce al totale svuotamento di significato di tale strumento processuale, essendo esso funzionalizzato a neutralizzare l'iniziativa giuricontrointeressatazionale avviata con il ricorso introduttivo. Non ha quindi rilievo attribuire al ricorso incidentale dichiarato inammissibile la funzione di memoria difensiva, essendo questa mirata a riassumere, o anche ad esPLICITARE più compiutamente gli assunti difensivi contenuti nel ricorso; obiettivi processuali questi che non sono consoni all'impugnativa incidentale che è diretta al diverso e più incidente risultato di contrastare in radice il ricorso.

3.- Tanto opportunamente premesso, e acclarata l'inammissibilità dell'impugnativa incidentale, può esaminarsi il merito del ricorso principale.

3.1.- Con il primo motivo è dedotta la violazione dell'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 e dell'art. 6.1 del bando di gara, in quanto la società controinteressata, in sede di prequalifica, si è limitata a presentare una dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/2000, con la quale l'amministratore unico ha dichiarato genericamente *“l'insussistenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.r”*, omettendo però di attestare l'insussistenza di dette condizioni di esclusione con specifico riguardo anche al precedente amministratore unico, cessato dalla carica due mesi prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. In tal modo sarebbe stata disattesa la prescrizione del precitato art. 38, comma 1, lett. c), nella parte in cui è statuito che *“l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”*, da ciò evincendosi che avrebbe dovuto comunque farsi specifico riferimento alla posizione del precedente amministratore.

Si soggiunge poi nella memoria conclusiva che, anche in sede di comprova dei requisiti dichiarati, sono stati presentati i certificati del casellario giudiziale e dei

carichi pendenti relativi all'amministratore in carica, ma non anche al precedente amministratore unico cessato dalla carica.

La difesa della controinteressata confuta l'assunto sostenendo che la dichiarazione prodotta dall'amministratore unico sarebbe comunque sufficiente a ricoprire anche il triennio precedente e che comunque, ove avesse ritenuto insufficiente tale dichiarazione, la stazione appaltante avrebbe potuto chiedere l'integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

### 3.1.1. – Il motivo è fondato.

Il Collegio ritiene di aderire alla posizione ermeneutica sulla disposizione legislativa di cui si contesta la violazione secondo cui *“le dichiarazioni da rendere ai sensi del predetto art. 38, comprese quelle riguardanti la posizione di tutti gli amministratori o rappresentanti cessati nel triennio, sono obbligatorie giacché la loro finalità non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche di ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti, (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 374); con la conseguenza che tale mancata dichiarazione costituisce motivo di esclusione”* (Tar Abruzzo, Pescara, I, 2 novembre 2009, n. 646).

Nel caso all'esame, si è in presenza di una generica dichiarazione dell'amministratore unico in carica senza alcun riferimento alla situazione del precedente amministratore unico.

La genericità della dichiarazione dà corpo al dedotto profilo di censura circa la sua non idoneità ad essere riferita a soggetti diversi dal sottoscrittore della medesima, non consentendo alla stazione appaltante di procedere con completezza alla verifica dei prescritti requisiti, dal momento che è stata omessa l'indicazione dell'esistenza di amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente.

Va poi soggiunto che nel caso si è in presenza dell'ulteriore violazione degli artt. 38, comma 3, e 48 del d.lgs. n. 163/2006, dal momento che dopo l'intervenuta aggiudicazione in favore della CONTROINTERESSATA è stata presentata, in

sede di comprova dei requisiti dichiarati, la documentazione (certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti) del solo amministratore in carica, ma non di quello cessato.

Né possono apprezzarsi le argomentazioni opposte *ex adverso*.

Si è già riferito in ordine all’insufficienza della dichiarazione generica resa dal rappresentante legale della società aggiudicataria in ordine alla sussistenza di requisiti di moralità professionale richiesti dal più volte menzionato art. 38; requisiti che, concernendo qualità personali di soggetti legati all’impresa concorrente, non possono che essere attestati con dichiarazione diretta e personale dei soggetti interessati.

Peraltro - come in proposito riferito dalla ricorrente, richiamando a sostegno puntuali pareri dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - l’attestazione del possesso dei requisiti in questione, inerendo a profili strettamente personali, possono non essere a conoscenza del rappresentante legale dell’impresa, in quanto avulse dal contesto dell’organizzazione aziendale.

Che la dichiarazione in questione debba direttamente provenire dai soggetti interessati è poi dimostrato dal fatto che, ai sensi dell’art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/06, è l’interessato che, con la dichiarazione sostitutiva, deve indicare anche “*le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione*”. Ora, secondo la corretta annotazione contenuta in ricorso, trattandosi di condanne non riportate nel casellario giudiziale, è evidente che solo il soggetto che le ha riportato ne ha conoscenza diretta e personale, sicché solo egli è nella condizione di rendere in proposito una dichiarazione veritiera e completa.

Posto quindi, in conclusione, che l’aggiudicataria non aveva in alcun modo comprovato il possesso del requisito di ordine generale prescritto dall’art. 38, comma 1, lett. c), Codice dei contratti con riferimento all’amministratore unico cessato dalla carica, non è invocabile la possibilità per la stazione appaltante di

disporre l'integrazione documentale, essendo evidente che consentire all'impresa partecipante alla gara di integrare (*recte*: presentare *ex novo*) documentazione mancante, oltre il termine fissato dal bando di gara, avrebbe dato luogo alla violazione della *parcondicio* tra i concorrenti alla procedura concorsuale.

3.2.- Con il secondo motivo di ricorso è dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 6.1., lettere a) e b) del bando di gara, per non avere la controinteressata allegato alla domanda di partecipazione e alla dichiarazione del legale rappresentante il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC).

Si sostiene, in particolare, che il bando di gara prevedeva, all'art. 8, che le partecipanti, oltre a rendere una dichiarazione attestante il possesso del requisito di cui alla lettera i) del precitato art. 38, avrebbero dovuto presentare anche il DURC, mentre la controinteressata ha allegato solo due documenti recanti *“attribuzione del codice identificativo pratica”*.

Si soggiunge che, anche in sede di comprova dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, la controinteressata non avrebbe dimostrato il possesso della regolarità contributiva; infatti, l'unico documento attestante la regolarità contributiva della medesima si riferisce alla data del 29 aprile 2009 (antecedente alla data di pubblicazione del bando) per la posizione INAIL, e alla data del 10 settembre 2009 (antecedente all'aggiudicazione provvisoria) per la posizione INPS.

3.2.1.- Il motivo non è fondato.

Come ben oppone la difesa della controinteressata non è rispondente che la normativa di gara (art. 8 del bando) prevedesse l'obbligo di allegare alla domanda di partecipazione alla gara il Documento Unico di Regolarità Contributiva, richiedendo invece che *“la documentazione di seguito specificata”*, tra cui la *“documentazione amministrativa”* (da inserire nella busta A) *“dovrà essere resa in forma di*

*dichiarazione sostituiva di certificazioni e dell'atto di notorietà, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 e s.m.i.”*

Orbene, l'aggiudicataria ha presentato dichiarazione di non aver commesso violazioni rispetto alla normativa vigente in materia di regolarità contributiva; l'aver presentato anche due documenti recanti “attribuzione del codice identificativo pratica” costituisce, come a ragione si oppone, un mero *surplus* documentale, non espressivo del significato attribuitole dalla ricorrente.

Quanto poi alla denunciata circostanza che la documentazione presentata per attestare la regolarità contributiva della CONTROINTERESSATA non fosse idonea a dimostrare il possesso del requisito per tutta la durata della procedura di gara, trattandosi di documentazione intervenuta in data antecedente all'aggiudicazione della gara e in parte perfino prima della pubblicazione del bando, si osserva quanto segue. La controinteressata ha documentato di avere inoltrato due successive richieste di DURC (rispettivamente in data 9 ottobre 2009 e 15 dicembre 2009), che non sono state però esitate dagli enti previdenziali nel previsto termine di trenta giorni; su dette richieste si è formato, ai sensi dell'art. 6 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007, il silenzio assenso equivalente a certificazione di regolarità contributiva.

3.3. Con il terzo motivo di ricorso è dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 6.3 del bando di gara per avere, la CONTROINTERESSATA, presentato la certificazione di sistema di qualità non conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e UNI CEI EN ISO/IEC 17000.

Si sostiene in particolare che il certificato prodotto dalla controinteressata non sarebbe idoneo a certificare il possesso del requisito di qualità prescritto dal bando in quanto emesso da un organismo non riconosciuto dal SINCERT per il rilascio

di certificazione di sistemi di gestione per la qualità (SGQ). Si richiama in proposito la determinazione del Consiglio dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 11/2003 nella parte in cui si afferma che “*la certificazione può essere rilasciata da un organismo accreditato nel settore EA 28 da enti di accreditamento, diversi dal SINCERT, firmatari degli accordi MLA EA, purché esso dimostri di operare in conformità al suddetto documento SINCERT RT-05*”, mentre, l’organismo di certificazione utilizzato dalla CONTROINTERESSATA (TUV CERT des TUV HESSEN) non opererebbe in conformità al suddetto regolamento.

Oppone in proposito la controinteressata che la certificazione rilasciata per il settore EA 28 viene concessa solo ed esclusivamente per le “*Imprese di costruzione, installatori di impianti e servizi*”; che, non trattandosi nella specie di un appalto in materia di lavori edili, il bando di gara non prevede che le imprese partecipanti debbano essere in regola con la certificazione di qualità per il settore EA 28, prevedendo solamente che l’impresa sia in possesso della certificazione di sistema qualità in conformità alle norme europee della serie.

Conseguirebbe che la ricorrente, non svolgendo lavori edili, ha la certificazione di qualità per i settori di competenza (EA 35 “*settori professionali d’impresa*”). Ora, come si può evincere dallo stessa comunicazione del SINCERT del 3 aprile 2007, richiamata dalla ricorrente, “*si conferma che l’organismo di Certificazione TUV CERT — Zertifizierungsstelle für Managementsysteme des TUV HESSEN è accreditata dall’ente di accreditamento tedesco TGA, per i seguenti schemi e settori: - Certificazione di sistemi di gestione per la qualità (SGQ) Settori EA (...) 17 (...) 35 (...). Ciò premesso si dichiara che le certificazioni rilasciate, in relazione agli schemi, e settori suddetti, da TUV CERT — Zertifizierungsstelle für Managementsysteme des TUV HESSEN recanti il logo di accreditamento TGA sono da ritenersi altrettanto affidabili (“equally reliable”) — in termini di conformità ai requisiti delle norme e Guide internazionali applicabili — che le certificazioni*

*emesse sotto accreditamento SINCERT e recanti il logo del medesimo, ai sensi e per gli effetti dell'accordo multilaterale EA”.*

Di conseguenza sarebbe affatto regolare il certificato prodotto dalla CONTROINTERESSATA.

3.3.1.- L'assunto confutativo svolto dalla controinteressata non è idoneo a contrastare i profili di censura dedotti con il motivo all'esame, che trovano ulteriore conferma nelle controdeduzioni svolte dalla difesa della ricorrente, laddove si afferma che la ricostruzione operata da controparte risulta smentita dalla documentazione versata in atti.

Si afferma in particolare che la certificazione ISO presentata dalla CONTROINTERESSATA, recante la data del 13 giugno 2007, delinea chiaramente il “*campo di applicazione*” al quale si riferisce, definito “*produzione, assemblaggio e installazione di allestimenti per fiere, congressi e eventi*”, che inerisce proprio al settore EA-28, avente ad oggetto, “*imprese di costruzione, installatori di impianti e servizi*”

Si soggiunge, e condivisibilmente, che in presenza di tale espressa indicazione nel certificato presentato da CONTROINTERESSATA, risulta del tutto vano il tentativo di questa di ricondurre l'oggetto della certificazione all'ambito dei “*settori professionali d'impresa*”. Infatti, detto certificato è espressamente riferito all'attività di costruzione, assemblaggio e installazione di allestimenti (coincidente con l'oggetto del settore EA-28), in relazione al quale, tuttavia, l'organismo certificatore “*TUV CERT ... des TUV HESSEN non è riconosciuto da SINCERT per il rilascio di certificazioni di SGO, in conformità al regolamento tecnico RT-05, ai sensi della determinazione n. 11/2003 del 15 maggio 2003 del Consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*” (cfr. comunicazione SINCERT del 3 aprile 2007).

Può quindi concludersi sul punto che l'aggiudicataria era in possesso di certificazione non idonea ad integrare il possesso del requisito di qualità prescritto dal bando di gara.

Tale conclusione non può essere vinta dalle argomentazioni svolte dalla stazione appaltante secondo cui la non conformità del certificato di CONTROINTERESSATA al regolamento tecnico RT-05 costituisce deduzione sfornita di prova, *“non rivestendo alcuna efficacia probatoria, al riguardo, la comunicazione asseritamente proveniente dal SINCERT in data 3 aprile 2007, trattandosi di documentazione cronologicamente anteriore al certificato de quo”*.

Valgano in proposito le osservazioni formulate dalla difesa della ricorrente, che, a conferma dell'attendibilità e dell'attualità della comunicazione del SINCERT del 3 aprile 2007, riferisce come quest'ultima risulti tuttora pubblicata e rinvenibile sul sito internet dello stesso organismo che ha rilasciato il certificato ISO presentato dalla CONTROINTERESSATA.

Quanto poi alla circostanza che la comunicazione del SINCERT (in data 3 aprile 2007) sia antecedente alla certificazione rilasciata dal TUV Hessen (in data 13 giugno 2007), essa è confermativa del fatto che detta certificazione è stata rilasciata quando lo stesso TUV Hessen non era riconosciuto dal SINCERT ai fini del rilascio di certificazioni in SGQ.

3.4.- Le considerazioni conclusive che precedono portano all'accoglimento del quarto motivo di ricorso, con il quale è dedotta la violazione e la falsa dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 13 del bando di gara per avere la contro interessata presentato la cauzione provvisoria ridotta del 50% ancorché fosse priva di regolare certificazione EN ISO 9001.

Dispone infatti la disposizione del precitato art. 75 che *“l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN”*

*45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000.”*

Poiché il certificato prodotto dalla CONTROINTERESSATA, in sede di gara, non è risultato idoneo a dimostrare il possesso del sistema di qualità conforme alle normative europee, la prestazione di una cauzione dimidiata non è conforme né alla riportata prescrizione del d.lgs. n. 163/2006, né a quella del bando di gara.

3.5. La fondatezza del primo, terzo e quarto motivo di ricorso spingono ad assorbire i rimanenti motivi ad eccezione dell'ultimo, e cioè del settimo, con il quale viene dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE per avere l'ente resistente ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto.

Si riferisce in proposito che l'aggiudicazione definitiva della gara è stata comunicata alla ricorrente in data 28 dicembre 2008, ma che l'ENIT ha proceduto alla stipula del contratto il giorno successivo, così privando la ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima dell'intervenuta stipulazione.

Tale circostanza varrebbe a rendere il contratto di appalto nullo, invalido e comunque inefficace, ai sensi della direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE *“per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”*; tanto alla stregua delle argomentazioni che seguono.

Tra le modifiche apportate al testo della direttiva 89/665/CEE rileverebbero, in particolare, quelle introdotte con gli articoli 2 *bis* e 2 *quinquies*.

L'art. 2 *bis*, comma 2, della direttiva (recante *“Termine sospensivo”*) dispone che *“la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione*

*dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto”.*

Ai sensi dell'articolo 2 *quinquies* (“*Privazione di effetti*”) “*Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti: [...]* j

*b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/17/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto”.*

Ad avviso della deducente poiché le riferite disposizioni recano un contenuto dettagliato e particolareggiato, indicando con precisione le norme interne che gli Stati membri sono tenuti ad adottare, esse sono dotate di effetto diretto e sono quindi direttamente applicabili alla fattispecie oggetto della presente impugnativa.

La diretta applicabilità della normativa comunitaria risulterebbe peraltro dal fatto che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva 2007/66/CE, “*Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 20 dicembre 2009*” e che il termine di trasposizione è decorso senza che lo Stato Italiano abbia adottato le corrispondenti disposizioni attuative.

Soggiunge poi il raggruppamento ricorrente che, anche a prescindere da quanto dedotto in tema di violazione della precitata direttiva comunitaria, il contratto *de quo* sarebbe nullo, invalido ed inefficace anche ai sensi dell'art. 11, comma 10, del D.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che “*il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine*”.

L'effetto caducatorio del contratto non potrebbe del resto essere escluso dalla sussistenza di motivate ragioni di particolare urgenza che avrebbero consentito di disattendere il suddetto termine, non potendosi nella specie dette ragioni configurarsi, in relazione all'oggetto di un appalto consistente in una serie di prestazioni finalizzate alla partecipazione ad una serie di eventi (“*principali fiere turistiche*”) indeterminati e comunque tra loro del tutto autonomi ed indipendenti, che avranno luogo nel biennio 2010/2011.

La prospettazione difensiva è resistita dalle controparti eccependosi:

a.- da parte della stazione appaltante, l'inammissibilità del motivo per carenza di giurisdizione del giudice adito, nel rilievo, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che rientra nella cognizione dell'A.G.O. la domanda tesa a conseguire la declaratoria di nullità e/o di inefficacia e/o l'annullamento del contratto di appalto pubblico, risultando la giurisdizione (esclusiva) del G.A. circoscritta agli atti della procedura all'evidenza pubblica, che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione definitiva (Cass. S.U. 19805/2008; 27 169/2007; 6068/2009 e 29425/2008; nonché Cons. St., Ad. Plen. n. 9/2008 e Cons. St. Sez. V, n. 3070/2009).

La direttiva 2007/66 *ex adverso* richiamata non varrebbe a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto già stipulato, in quanto le disposizioni di tale direttiva hanno acquisito efficacia diretta solo a decorrere dal

20 dicembre 2009 (termine, inutilmente spirato, della trasposizione), sicché esse non possono trovare applicazione nelle gare d'appalto indette (come la presente) prima di tale data (cfr. Corte di Giustizia U.E., sentenza 15 ottobre 2009, causa C-138/08, secondo la quale le direttive in materia di appalti non sono applicabili nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice prima della scadenza del termine per la trasposizione ditali direttive);

b.- da parte della controinteressata, che nessuna violazione alle normative richiamate sarebbe stata effettuata in quanto il contratto è stato stipulato prima del prescritto termine di trenta giorni in quanto il calendario dell'ENIT aveva previsto l'allestimento degli stand fieristici oggetto dell'appalto all'inizio del gennaio 2010, donde l'urgenza di sottoscrivere il contratto affinché la CONTROINTERESSATA potesse sin da subito iniziare a lavorare.

Non vi sarebbe stata peraltro la richiamata violazione della normativa comunitaria. Ciò in ragione del fatto che l'art. 2 *bis* della direttiva 89/655/CEE, introdotto dalla Direttiva 2007/66/CE, che individua "*in dieci giorni civili*" lo spazio temporale non disponibile per la conclusione del contratto dall'intervenuta aggiudicazione, non distinguerebbe tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva; consegue che, essendo la ricorrente venuta presumibilmente a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria in favore della CONTROINTERESSATA in data 12 dicembre 2009, i dieci giorni terminavano il successivo 22 dicembre 2009. Poiché il contratto è stato stipulato in data 29 dicembre 2009, e quindi dopo il decorso del previsto termine di dieci giorni, non vi è spazio per dedurre l'inosservanza della sopra citata normativa comunitaria.

3.5.1.- Tutte le eccezioni variamente opposte dalle controparti sono da disattendere.

3.5.2.- Ad iniziare da quelle che fanno leva sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale secondo cui sono

riservate al giudice ordinario le controversie relative al contratto stipulato all'esito della gara per la scelta dell'impresa aggiudicataria.

Deve invero rammentarsi che erano state le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 27169 del 28 dicembre 2007 (cui si è adeguato l'orientamento successivo della Corte, cui ha fatto riferimento l'ente resistente), a perimetrare il raggio di cognizione del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici e a frenarne la tendenza espansiva includente la sorte del contratto dopo l'aggiudicazione della gara.

E' del resto noto che, con la decisione dell'adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2008, il Consiglio di Stato, aderendo al menzionato arresto giurisprudenziale, ha preservato – con evidente soluzione di compromesso – la giurisdizione del giudice amministrativo *in subiecta materia*, ma solo nella sede del giudizio di esecuzione del giudicato.

Va peraltro significativamente soggiunto che proprio di recente il Giudice della giurisdizione, con ordinanza n. 2906 in data 10 febbraio 2010, sottoponendo a rivisitazione il proprio precedente orientamento dicotomico in materia di appalti pubblici fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (con conseguente necessità della celebrazione di due distinti processi: dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento della gara d'appalto, dinanzi al giudice ordinario per la rimozione del contratto oggetto dell'appalto), ha stabilito che è il giudice amministrativo l'organo giuricontrointeressatazionale deputato a garantire la tutela piena in tema di aggiudicazione illegittima, dovendosi radicare in capo a detto giudice anche i poteri caducatori del contratto concluso sulla base di una aggiudicazione siffatta.

Tale *revirement*, sostanzialmente anticipatorio della disciplina sugli appalti pubblici posta con il d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010, con cui si darà di lì a breve attuazione alla direttiva 2007/66/Ce, si riassume in quel che, nell'ordinanza n. 2906/2010, la

Corte individua quali “*Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007*”, e che, per i riflessi sulla vicenda all’esame, si ritiene di dover riportare *per extenso*:

“*La più volte citata Direttiva CE n. 66 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2007 sul miglioramento delle procedure di ricorso in caso di aggiudicazione di appalti pubblici, pur se non autoesecutiva, ha inciso sul sistema di tutela del soggetto danneggiato da procedure violative dei principi della concorrenza, prevedendo che gli Stati membri della CE assicurino a questo di ricorrere a un unico "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 2, quinquies, comma 1); tale organo, "se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente" dall’ente aggiudicante, deve anzitutto annullare tale provvedimento (art. 2, comma 6), potendo poi disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2, quinquies comma 1), prendendo in considerazione eventuali "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano il mantenimento degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti.*

*L’art. 3 della Direttiva citata stabilisce il termine entro il quale gli Stati membri devono "mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi" ad essa "entro il 20 dicembre 2009", ma tali norme attuative non sono state ancora emesse.*

*La mancata tempestiva trasposizione nel diritto interno di Direttive CE costituisce condotta inadempiente dello Stato che dà diritto ai soggetti lesi da tale omissione o ritardo non solo al risarcimento del danno ((Cass. 22 ottobre 2009 n. 2440, S.U. 17 aprile 2009 n. 9147) ma anche al diritto di chiedere alle autorità dello Stato - amministrative e/o giuricontrointeressazionali - di conformarsi, nella loro attività, ai principi sanciti dalle stesse direttive CE per le loro disposizioni chiare, incondizionate e scadute, con conseguenti effetti orizzontali di esse nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE. Alla luce delle considerazioni già svolte per le quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine alla richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica, che si esplica e realizza, con la domanda di caducazione del contratto*

corrispondente alla "privazione di effetti" di cui alla citata Direttiva n. 66/2007, per l'appalto concluso in attuazione di una gara svolta con procedura illegittima, l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giuricontrointeressatazionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno.

Se il giudizio amministrativo viene limitato all'affidamento e alla mera sostituzione dell'aggiudicatario illegittimamente scelto con il ricorrente, impedendosi al giudice di "disporre" la reintegra del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella medesima sentenza da esso emessa, cioè quello di eseguire i lavori oggetto del contratto di appalto precluso dal medesimo atto negoziale nelle more del giudizio stipulato dall'aggiudicatario scelto illegittimamente, si perviene ad una conclusione che è difforme dal sistema costituzionale e comunitario oggi vincolante per cui devono riconoscersi i poteri cognitivi del giudice amministrativo nella fattispecie concreta.

Inoltre la trattazione disgiunta delle due domande ritarda, con la esigenza di adire altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio, in contrasto, come già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate.

In conclusione, può quindi affermarsi che "la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta 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.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione

*del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.*

*Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuto dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata".*

Tutti gli assunti argomentativi della Corte procedono dal dato, evidenziato nell'ordinanza medesima, che la direttiva n. 66/2007 dia rilievo con chiarezza ai principi tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, cui essa si ispira, in rapporto alla effettività della tutela del bene della vita a base e oggetto delle posizioni soggettive azionate nel caso concreto e al fine di garantire la ragionevole durata del processo, ciò conducendo all'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto.

Ciò consente – riandando all'esame delle argomentazioni svolte dalla stazione appaltante – di rigettarle non potendosi denegare, alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato.

Non è poi prevedibile l'inapplicabilità della direttiva 2077/66 alla fattispecie all'esame, asserita con rilievo al fatto che la decisione dell'amministrazione è intervenuta prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, perché – in disparte la considerazione che gli atti impugnati sono stati adottati oltre il termine (20 dicembre 2009) fissato per il suo recepimento negli Stati membri (l'aggiudicazione della gara è intervenuta il 28 dicembre 2009, la conclusione del contratto il successivo giorno 29) – la Cassazione ha stabilito che la cognizione piena del giudice amministrativo, in relazione alla direttiva 2077/66, inerisce a tutte le procedure concorsuali intervenute dopo l'entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007), e quindi anche prima del summenzionato termine di recepimento.

3.5.3.- Anche le considerazioni variamente svolte dalla controinteressata non sono suscettibili di favorevole apprezzamento.

Quanto a quella diretta a confutare la violazione dell'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 (censura dedotta dalla ricorrente in via gradata con il settimo motivo di ricorso), posto che l'amministrazione precedente ha disatteso il prescritto termine dilatorio di trenta giorni concludendo anzi tempo il contratto, non è dato rinvenire le *“motivate ragioni di particolare urgenza”* che non avrebbero consentito all'amministrazione di disattendere il predetto termine, individuate nella circostanza che il calendario dell'ENIT prevedeva l'organizzazione di alcune manifestazioni già fin dai primi giorni di gennaio.

Infatti, come efficacemente replicato dalla difesa della ricorrente, anche a voler ipotizzare la necessità di partecipare ad un evento nel mese di gennaio 2010, la circostanza non avrebbe potuto giustificare la stipula del contratto di appalto riferito all'intero biennio 2010/2011, potendo la stazione appaltante affidare in via d'urgenza, e sotto le riserve di legge, l'esecuzione delle sole prestazioni necessarie per la partecipazione al singolo evento che avrebbe avuto luogo nel mese di

gennaio; affidamento del resto compatibile con le caratteristiche dell'appalto, consistente in prestazioni finalizzate alla partecipazione ad eventi fieristici tra loro del tutto autonomi da svolgersi nel biennio 2010/2011.

Sul punto priva di pregio è poi l'argomentazione giustificatoria svolta dall'ente resistente, secondo cui *“l'attesa del termine dilatorio invocato dalla parte ricorrente avrebbe esposto l'ENIT alle domande risarcitorie dei concorrenti e, soprattutto, dell'aggiudicataria, attesa l'impossibilità, per fatto imputabile alla stazione appaltante, di dare esecuzione all'intera prestazione oggetto del bando”*.

Anche su tale prospettazione ha buon gioco la difesa della ricorrente che imputa alla stazione appaltante *“il totale ribaltamento della normativa di settore, che preclude”* alla medesima *“di cristallizzare la posizione dell'aggiudicatario prima che i concorrenti interessati abbiano avuto la possibilità di adire il giudice amministrativo, proprio al fine di evitare sia il radicamento del pregiudizio arrecato dalla illegittima aggiudicazione, sia di esporre la stazione appaltante alle conseguenti pretese risarcitorie per equivalente monetario, con conseguente duplicazione degli oneri gravanti sulla committenza”*.

Quanto all'ulteriore argomentazione confutativa del settimo motivo di ricorso, svolta dalla controinteressata e tesa a dimostrare la mancata violazione nella specie dell'art. 2 *bis* della direttiva 89/655/CEE, introdotto dalla direttiva 2007/66/CE, essa muove dal dato erroneo che, non distinguendosi in tale direttiva tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, il termine sospensivo di dieci giorni per la conclusione del contratto potrebbe farsi decorrere anche dalla data di conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria; consegue che, essendo questa intervenuta in data 12 dicembre 2009 con stipulazione del contratto il successivo giorno 29 dicembre, non vi sarebbe stato alcun superamento del previsto termine dilatorio di dieci giorni.

Invero, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 13 novembre 2009 , n. 1871), negli appalti

pubblici l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva costituiscono atti distinti per struttura e funzione, avendo la prima natura di atto meramente endoprocedimentale e la seconda di atto conclusivo (provvedimento finale) della procedura concorsuale di scelta del contraente.

Consegue che l'atto avente preminente rilievo e significato giuridico è l'aggiudicazione definitiva, in forza del carattere costitutivo che le è proprio (carattere peraltro rinforzato dal Codice dei contratti: in tal modo Tar Abruzzo, L'Aquila, 6 marzo 2010 n. 175) a fronte del carattere procedimentale dell'aggiudicazione provvisoria.

In coerente applicazione dei riferiti principi non può residuare alcun dubbio, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della controinteressata, che l'espressione usata dalla direttiva a proposito della "decisione di *aggiudicazione*", cui far conseguire il previsto termine dilatorio per "la conclusione di un contratto", non possa che fare riferimento al provvedimento amministrativo dotato di carattere conclusivo e definitivo, e quindi all'aggiudicazione definitiva. E poiché quest'ultima è stata comunicata alla ricorrente in data 28 dicembre 2009 è evidente la violazione del termine sospensivo previsto dalla summenzionata norma comunitaria .

3.6.- Tanto premesso, la fondatezza del settimo motivo porta all'accoglimento del ricorso e al conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, tra cui segnatamente il provvedimento definitivo della gara in favore della società controinteressata.

In applicazione diretta della direttiva n. 66 del 2007 – le cui disposizioni "chiare, incondizionate e scadute", come affermato dalla Cassazione nell'ordinanza n. 2906/2010, esplicano "effetti orizzontali ... nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE"- va disposta la privazione di effetti del contratto stipulato (art. 2, *quinquies*, comma 1), non

potendosi apprezzare – alla stregua delle considerazioni già svolte – la sussistenza di “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*” che impongano il mantenimento degli effetti del contratto.

Va poi soggiunto – solo *per incidens*, e con valore di *obiter dictum*, atteso che la domanda avanzata con il ricorso include la sola “*declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto stipulato con CONTROINTERESSATA Internazional s.r.l.*”, nulla rivendicando in ordine alla sorte del contratto – che l’applicazione diretta della direttiva *de qua* non è idonea ad attribuire al giudice amministrativo anche i poteri di merito per decidere le modalità di tale caducazione dell’appalto, “*essendo dalla direttiva riservata ai singoli Stati membri, il potere di regolare le modalità di attuazione della normativa comunitaria del 2007 nell’ordinamento interno*”.

3.7.- La richiesta di conseguimento dell’aggiudicazione e di subentro nel contratto di appalto costituisce invece oggetto dei motivi aggiunti, notificati dal raggruppamento ricorrente in data 5 maggio 2010.

3.7.1.- Con detti motivi si premette che, nelle more del giudizio, è entrato in vigore il d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010, che ha recepito nell’ordinamento la direttiva 2007/66/CE .

In particolare, l’art. 10 di detto decreto, introduce nel d.lgs. n. 163/2006 il nuovo art. 245-ter, ai sensi del quale ‘*Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta*’.

Tanto premesso, in ragione dei medesimi motivi dedotti con il ricorso introduttivo, la società ricorrente formula ulteriore domanda di conseguimento

dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto di appalto, anche ai sensi del precitato art 245-ter, manifestando in tal senso la propria disponibilità.

Afferma la sussistenza dei presupposti per il subentro nel rapporto contrattuale, essendo risultata seconda nella graduatoria di gara, con conseguente diretto affidamento della commessa all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione alla CONTROINTERESSATA.

Soggiunge che il subentro della ricorrente nel contratto di appalto corrisponde anche all'interesse della committente, avendo questa instaurato un rapporto contrattuale con un soggetto che ha del tutto omesso di attestare e comprovare i requisiti partecipativi e che, quindi, doveva essere escluso dalla gara.

Sottolinea poi che il contratto di appalto oggetto della procedura selettiva attiene a prestazioni finalizzate alla partecipazione ad eventi fieristici tra loro del tutto autonomi che avranno luogo nel biennio 2010/2011, allo stato neppure specificamente determinati.

E' pertanto pacifica la possibilità del subentro poiché le prestazioni eventualmente già eseguite dalla CONTROINTERESSATA non rivestirebbero alcuna incidenza sul prosieguo della fase esecutiva.

Da ultimo, evidenzia la particolare gravità della condotta dell'ENIT, che, a fronte del carattere parcellizzato delle attività richieste, non ha esitato, il giorno successivo all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, a vincolare l'amministrazione per l'intero biennio di durata dell'affidamento, in totale spregio dei termini dilatori prescritti dalla legge a garanzia della tutela delle posizioni soggettive dei concorrenti.

Pur tuttavia, il risarcimento in forma specifica, attraverso il subentro nel contratto di appalto, cui mira *principaliter* la proposizione dei motivi aggiunti, non consenterebbe l'integrale reintegro della posizione della ricorrente, considerato

che, nelle more del giudizio, la CONTROINTERESSATA ha comunque eseguito una pur limitata porzione della commessa.

In relazione alle prestazioni eseguite nel periodo di vigenza contrattuale, la deducente chiede il risarcimento per equivalente monetario del danno a titolo di lucro cessante da liquidarsi con i criteri affermati dalla giurisprudenza amministrativa, in base ai quali il danno viene fatto coincidere con l'utile che il concorrente illegittimamente pretermesso avrebbe conseguito in caso di affidamento della commessa, quantificato, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., nella misura del 10% dell'importo dell'appalto lato o nel diverso importo ritenuto di giustizia.

La deducente chiede altresì la rifusione del danno emergente costituito dalle spese sostenute per la partecipazione alla procedura selettiva - relative ai costi di predisposizione del progetto, alle spese per viaggi, agli oneri fideiussori, etc. – pari a euro 50.000,00.

3.7.2.- Preliminarmente all'esame di merito dei motivi aggiunti, il Collegio deve darsi carico delle eccezioni pregiudiziali di inammissibilità dei medesimi opposte dalla controinteressata, sintetizzate nel modo che segue:

a.- l'art. 8, comma 1, lettera c, del predetto d.lgs. n. 53/2010, nel sostituire il comma 2 dell'art. 245 del d.lgs. 163 2006, ha introdotto il comma 2- *quinquies*, del seguente testuale tenore: “*I termini processuali sono stabiliti in: (...) d) quindici giorni per la proposizione di motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati*”.

Ancorché trattasi di norma processuale, e quindi astrattamente applicabile, la stessa non potrebbe trovare applicazione nel presente giudizio in quanto inherente una fase processuale allo stato già superata e dunque disciplinata, in maniera non più modificabile, dalla precedente normativa in materia. Comunque, atteso che i motivi aggiunti proposti avverso gli atti già impugnati devono essere proposti nel termine di quindici giorni, non può consentirsi all'interpretazione che tale termine decorra

dall'entrata in vigore della legge stessa, perché se così fosse verrebbe di fatto esteso il *petitum* già cristallizzato con la proposizione del ricorso introduttivo, con grave lesione del diritto di difesa della contro interessata;

b.- ove dovesse ritenersi applicabile al presente giudizio la nuova formulazione dell'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006, i motivi aggiunti sarebbero infondati (*recte: inammissibili*) non potendo trovare applicazione alla fattispecie l'art. 10 del d.lgs. n. 53/2010, trattandosi di norma di diritto sostanziale da applicarsi alle nuove procedure di gara e non a quelle che si sono già concluse con l'aggiudicazione definitiva.

### 3.7.3.- Le eccezioni, siccome formulate, non hanno pregio.

La prima di esse si diparte da un presupposto non rispondente, e cioè che i motivi aggiunti abbiano ad oggetto gli atti già impugnati con il ricorso principale.

Invero, è fuor di dubbio che tali atti (*in primis*, l'aggiudicazione definitiva in favore di CONTROINTERESSATA) hanno costituito oggetto specifico del ricorso principale, conclusosi con l'accoglimento delle tesi e delle richieste qui formate (l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di "privazione di effetti" del contratto stipulato, secondo la locuzione impiegata dall'art. 2 *quinquies* della direttiva n. 66/2007). Consegue che nessuna necessità vi era di impugnare quegli atti, in ragione del fatto che se pure essi figurano nell'intestazione dei motivi aggiunti, in omaggio a una diffusa prassi difensiva, è pur vero che detti atti non costituiscono l'obiettivo dell'azione impugnatoria, che a rigore sarebbe stata in tal senso vanamente proposta.

Quel che diversamente sostanzia e spiega, nel caso all'esame, la proposizione dei motivi aggiunti è la domanda figurante alla fine delle premesse del ricorso, esplicitata con la locuzione "*nonché con il presente atto*", e orientata al "*conseguimento dell'aggiudicazione*", al "*subentro nel contratto di appalto, e in via subordinata*", alla "*condanna la risarcimento del danno per equivalente monetario*". Trattasi di nuova domanda,

strettamente interconnessa con quelle proposte nel ricorso introduttivo; consegue, alla stregua di quanto si dirà oltre, che i motivi aggiunti sono, sotto il rilevato profilo, pienamente ammissibili.

Ad uguale conclusione deve pervenirsi per l'ulteriore eccezione che oppone l'inapplicabilità alla vicenda che ne occupa dell'art. 10 del d.lgs. n. 53/2010 che ha introdotto nel Codice dei contratti l'art. 245-ter.

Anche in un tal caso deve contestarsi che l'applicazione al presente giudizio del nuovo art. 245-ter trovi ostacolo nella natura della norma, individuata quale norma sostanziale non suscettibile di disciplinare procedure di gara già concluse con l'aggiudicazione definitiva.

Giova riportare il testo della nuova norma: *“Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”*.

Trattasi di norma che, rivolgendosi al giudice e rafforzandone il ruolo decisorio (nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma *de qua* in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo), è certamente – contrariamente a quanto sostenuto dal difesa della contro interessata – da qualificarsi norma processuale con conseguente sua applicazione ai giudizi in corso.

3.7.4.- Il rigetto delle eccezioni di inammissibilità dei proposti motivi aggiunti porta all'accoglimento delle domande con essi formulate in ordine al subentro nel contratto d'appalto del raggruppamento ricorrente, ai sensi dell'art. 245-ter del d.lgs. n. 163/2006, avendo quest'ultimo dichiarato la propria disponibilità in tal senso, nonché al risarcimento del danno per equivalente monetario limitatamente alle prestazioni eseguite dalla controinteressata nel periodo di vigenza contrattuale. Quanto, in particolare, al subentro nel contratto (ipotesi sostanziale di risarcimento in forma specifica) esso è reso possibile dalla sussistenza dei presupposti partitamente enunciati dalla difesa della società ricorrente (cfr. *supra* p. 3.7.1.-), cui vanno aggiunti, sulla base delle proposizioni normative di cui si compone il più volte menzionato art. 245-ter, gli ulteriori e necessari presupposti dell'effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati nel giudizio, dello stato di esecuzione del contratto (in relazione ad eventi fieristici autonomi tra di loro e da svolgersi nell'arco del biennio 2010-2011), nonché della circostanza che l'aggiudicazione illegittima, nei termini accertati, non comporta l'obbligo di rinnovare la gara.

In relazione al momento operativo del subentro, esso va correlato agli eventi fieristici da svolgersi nel periodo di riferimento, a decorrere dalla notificazione della presente decisione a cura della parte ricorrente. La società aggiudicataria porterà a conclusione l'evento che eventualmente sia in corso di svolgimento al momento della detta notificazione.

3.7.5.- Sussistono anche le condizioni per il riconoscimento del risarcimento per equivalente monetario a titolo di lucro cessante, limitatamente al periodo di svolgimento del contratto da parte della società controinteressata.

Dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati si è diffusamente argomentato in sede di esame del ricorso principale, con l'apprezzamento di vizi che avrebbero

dovuto portare all'esclusione della aggiudicataria dalla partecipazione alla procedura concorsuale.

E' certa la correlazione causale tra la mancata esclusione dalla gara della CONTROINTERESSATA e il mancato affidamento della commessa in favore del raggruppamento ricorrente, graduatosi secondo in graduatoria.

E' poi sussistente l'elemento soggettivo della colpa in capo alla stazione appaltante, riveniente sia dall'evidente violazione della normativa di gara, sia soprattutto – come evidenziato dalla ricorrente – da una condotta connotata da particolare gravità in relazione alla non giustificabile decisione di stipulare il contratto d'appalto con la controinteressata il giorno successivo dell'aggiudicazione definitiva.

Per le considerazioni che precedono va riconosciuto il risarcimento per equivalente monetario per il periodo di esecuzione del contratto protrattosi fino al subentro in quest'ultimo della OC&M.

Sull'entità di tale risarcimento il Collegio non ritiene però di poter aderire ai criteri indicati dalla società deducente con riferimento al *quantum* indicato (10% dell'importo dell'appalto).

E' noto, quanto al lucro cessante, e cioè all'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, che esso è generalmente reputato pari al 10% dell'offerta formulata dall'impresa (e non all'importo dell'appalto); criterio questo cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, e ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (recante il regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici), che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A. (ciò sia allo scopo di ovviare ad

indagini alquanto difficoltose ed aleatorie sia allo scopo di cautelare la P.A. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive).

E' però altrettanto noto come la giurisprudenza riconosca la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nell'indicata misura del 10% (che è quella rivendicata dalla società ricorrente) qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi.

Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come avvenuto nel caso di specie, non potendosi ritenere che tale prova sia stata offerta attraverso la mera elencazione "*di concomitanti procedure selettive*", cui la ricorrente avrebbe potuto partecipare - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o servizi o forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (cfr. in tal senso, e tra le molte, CdS, IV, n. 6666/2003).

Sulle somme liquidate, afferenti il risarcimento del danno e che perciò consistono in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici I.S.T.A.T., da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Ovviamente, la condanna al risarcimento pecuniario è pronunciata nei confronti della sola amministrazione soccombente, avendo questa dato causa al comportamento illecito.

3.7.6.- Quanto infine al rivendicato danno emergente, consistente nelle spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla

procedura di aggiudicazione (cfr. art. 2, comma 7, della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992, 92/13/CEE), esso non può trovare apprezzamento per l'intuitiva ragione che il subentro nel contratto non ha vanificato le spese e i costi sostenuti per la partecipazione alla gara.

4- In definitiva, e alla stregua delle considerazioni svolte il ricorso va accolto con le modalità specificate in motivazione.

Quanto alle spese di giudizio e agli onorari di causa, essi si determinano in ragione della soccombenza, che vede nella medesima posizione sia l'amministrazione appaltante che la società controinteressata, le quali debbono essere condannate, ognuna per la metà e in solido tra di loro, alla refusione delle spese di lite in favore del raggruppamento vittorioso in ragione di complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza bis), pronunciando sul ricorso in epigrafe, così dispone:

- a.- dichiara inammissibile per tardività il ricorso incidentale proposto da CONTROINTERESSATA International s.r.l.;
- b.- accoglie il ricorso principale proposto da Ricorrente s.r.l. e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dichiara il contratto concluso tra ENIT e CONTROINTERESSATA International s.r.l. privo di effetti;
- c.- accoglie i motivi aggiunti proposti da Ricorrente s.r.l. e, per l'effetto dichiara il subentro di detta società nel contratto stipulato il 29 dicembre 2009 tra ENIT e CONTROINTERESSATA International s.r.l. nei tempi e con le modalità stabiliti in parte motiva;

- d.- condanna l'ente resistente al pagamento in favore della società ricorrente del risarcimento del danno per equivalente, limitatamente al periodo specificato in parte motiva e con le modalità e i criteri di calcolo qui indicati;
- e.- condanna l'amministrazione appaltante e la contointeressata, in solido tra di loro, al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese di lite quantificate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Massimo Luciano Calveri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2010

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

IL SEGRETARIO