

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29856-oggiogiorno-a-garantire-una-migliore-tutela-ripristinativa-in-forma-specifica-al-fine-di-scongiurare-il-pericolo-di-sopravvenienze-irreversibili-vi-la-disposizione-di-cui-all-art-11-comma-10-del->

Autore: Lazzini Sonia

**Oggiogiorno, a garantire una migliore tutela ripristinatoria in forma specifica, al fine di scongiurare il pericolo di sopravvenienze irreversibili, vi è la disposizione di cui all'art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 167/06 (cfr. pure l'art. 2bis**

**C.St. 23.06.2010 n. 3963**

***Oggi giorno, a garantire una migliore tutela ripristinatoria in forma specifica, al fine di scongiurare il pericolo di sopravvenienze irreversibili, vi è la disposizione di cui all'art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 167/06 (cfr. pure l'art. 2bis della direttiva ricorsi 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007).***

Relativamente, infine, alla domanda del ricorrente di reintegrazione in forma specifica ex art. 2932 c.c., sulla base della prospettazione di una valenza ex se contrattuale del verbale definitivo di aggiudicazione, il Tribunale ha fondatamente ritenuto che si trattasse di istanza processuale ormai priva di interesse, in relazione alle conclusioni del collegio in ordine al quantum offerto dal ricorrente quale corrispettivo dell'appalto in questione.

Il T.A.R. ha, peraltro, al riguardo correttamente sottolineato come il richiamo all'istituto introdotto dall'articolo 16, comma 4, del r.d. n. 2440 del 1923 debba intendersi ormai da tempo espunto dall'ordinamento per incompatibilità con il Trattato. Infatti, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza Alcatel causa C-81/98 del 28 ottobre 1999, a proposito della (vecchia) direttiva ricorsi 89/665, deve sempre riconoscersi un congruo lasso di tempo fra aggiudicazione e contratto al fine di consentire ai concorrenti "respinti" di poter utilmente proporre ricorso prima della stipula negoziale.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3963 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 03963/2010 REG.DEC.  
N. 09036/2008 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 9036 del 2008, proposto da:  
Ricorrente Italia Spa in P. e Cg Rti, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Sandulli,  
con domicilio eletto presso Piero Sandulli in Roma, via F. Paulucci de' Calboli 9;  
Rti Rpa Spa;

***contro***

Ato - Ente D'Ambito Aquilano - Servizio Idrico Integrato;

***per la riforma***

della sentenza del TAR ABRUZZO - L'AQUILA n. 00889/2008, resa tra le parti,  
concernente AFFIDAMENTO APPALTO MISTO DI SERVIZI E LAVORI  
DELLE RETI IDROPOTABILI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2010 il Cons. Nicola Russo e  
uditi per le parti gli avvocati Spanò, su delega di Sandulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Nel mese di dicembre 2004 la Ricorrente Italia s.p.a. partecipava, in associazione  
con RPA s.p.a. di Perugia, ad una gara indetta dall'A.T.O. Ente d'Ambito Aquilano  
– Servizio Idrico Integrato, per l'affidamento dell'appalto misto di servizi e lavori  
relativi al rilievo, mappatura ed informatizzazione delle reti idropotabili ed altre  
attività collegate e connesse.

All'esito della procedura (alla quale prendeva parte anche altra ditta) il  
raggruppamento Ricorrente Italia – RPA risultava aggiudicatario con un ribasso  
pari al 37%.

Con nota del 1.8.05 l'Ente invitava l'aggiudicataria a presentarsi per la stipula del contratto di cui si indicava il relativo importo, pari ad euro 1.561.765,66 comprensivo di IVA.

La soc. Ricorrente Italia contestava a quel punto il corrispettivo indicato dall'ente, deducendo che l'offerta sarebbe stata formulata al netto dell'IVA (che pertanto andava aggiunta all'imponibile, portando l'offerta alla cifra di euro 312.353,13, che sarebbe rimasta comunque la migliore).

L'amministrazione insisteva tuttavia per la stipula contrattuale al prezzo risultante dal ribasso percentuale comprensivo di IVA, formalizzando apposita diffida in data 26.9.05.

Avverso tale pretesa la Ricorrente Italia proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per l'Abruzzo, sede di L'Aquila, chiedendo l'accertamento che l'aggiudicazione si sarebbe formata per l'importo risultante dal separato calcolo dell'IVA, in vista di un conseguente diritto a stipulare il contratto in conformità a tale importo. In subordine al preliminare accertamento dell'offerta, veniva formulata domanda di reintegrazione in forma specifica, ritenendo che il momento conclusivo dell'accordo tra Amministrazione e ricorrente sia coinciso temporalmente con il momento dell'aggiudicazione.

La tesi della ricorrente si basava preliminarmente sull'equivocità della lex specialis: infatti, se da una parte il capitolato tecnico precisava che il corrispettivo a base di gara era da intendersi "comprensivo di IVA ed oneri di legge, se dovuti", nel modello di offerta allegato al disciplinare si chiedeva testualmente ai concorrenti di offrire "un ribasso unico percentuale...da applicarsi sull'importo a base di gara riportato nell'art. 2 del capitolato tecnico indicativo, oltre iva".

Assumeva sempre la società ricorrente di aver chiesto sullo specifico punto appositi chiarimenti alla stazione appaltante prima di formulare l'offerta, e che la risposta dell'ente sarebbe stata quella di formulare l'offerta in modo separato per

imponibile ed iva. Attenendosi a quanto sopra, la percentuale di ribasso (37%) veniva così affiancata all'indicazione dell'importo imponibile (euro 1.561.765,66) più IVA (euro 312.353,13). Si deduceva, pertanto, che in presenza di disposizioni equivoche degli atti generali di gara, il raggruppamento in questione avrebbe prima diligentemente ottenuto chiarimenti dalla stazione appaltante, e si sarebbe poi conformato a tali chiarimenti, formulando un'offerta al netto di IVA. Del tutto ingiustamente, pertanto, l'Ente d'Ambito Aquilano avrebbe interpretato quest'ultima - in sede di aggiudicazione e stipula - in modo più oneroso per la ricorrente, senza tener conto della reale volontà della ricorrente medesima di essersi impegnata con una formulazione che escludeva gli oneri fiscali dell'IVA (da aggiungere a parte).

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata che controdeduceva con memorie.

Con sentenza del 7 luglio 2008 n. 889, la Sezione I del T.A.R. per l'Abruzzo, L'Aquila, respingeva il ricorso, affermando che "l'offerta è stata correttamente intesa dalla stazione appaltante nella sua esatta quantificazione", compensando integralmente le spese di lite.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato la Ricorrente Italia s.p.a. ha proposto appello avverso la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma, sulla base di un unico articolato motivo di impugnazione, concludendo, in via principale, per il preliminare accertamento dell'offerta nei contenuti realmente voluti e, in subordine, in via di reintegrazione in forma specifica, trattandosi di giurisdizione esclusiva e sulla base dell'assunto che il verbale di aggiudicazione definitivo equivale ad ogni effetto al contratto, perché il giudice adotti una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. che produca gli effetti del contratto non concluso.

L'A.T.O. Ente d'Ambito Aquilano, sebbene ritualmente intimato presso il procuratore costituito in primo grado, non si è costituito nella presente fase di gravame.

Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2010 la causa è stata assunta in decisione ed in data 23 febbraio 2010 è stato pubblicato il dispositivo di rigetto n. 120/2010.

#### DIRITTO

E' impugnata la sentenza n. 889/2008 del T.A.R. per l'Abruzzo, L'Aquila, meglio indicata in epigrafe, che ha respinto il ricorso proposto dalla Ricorrente Italia s.p.a., aggiudicataria di appalto misto indetto dall'Ente d'Ambito Aquilano, con cui chiedeva, in vista della stipula del contratto, una pronuncia di accertamento sulla esatta quantificazione della sua offerta, lamentando che l'Amministrazione avrebbe ingiustamente calcolato il suo ribasso del 37% su un importo comprensivo di IVA, anziché al netto di tale imposta, come invece emergerebbe ex actis dall'esame dell'offerta stessa (conforme al modello esemplificativo predisposto dalla stazione appaltante).

L'appello è infondato.

Come, infatti, correttamente rilevato dal giudice di prime cure, il capitolato tecnico precisava in modo univoco che l'importo complessivo da assumere a base di gara andava individuato in euro 2.478.993,12 comprensivi di IVA e di ogni altro onere necessario a rendere la prestazione e l'esecuzione delle offerte a perfetta regola d'arte.

La ricorrente, odierna appellante, invocando una situazione di equivocità e di incertezza della lex specialis nel suo complesso, ha evidenziato come con il modello di offerta allegato al disciplinare si sarebbe contraddittoriamente chiesto ai concorrenti di offrire "...un ribasso unico percentuale del (...) da applicarsi sull'importo a base di gara (...) oltre Iva".

Il Tribunale, premesso che la giurisprudenza ha più volte puntualizzato che in caso di contrasti interni agli atti generali di gara, questi ultimi presentano una gerarchia differenziata preordinata a dirimere i contrasti stessi, in un contesto di evidenza pubblica caratterizzato (anche nella predisposizione della *lex specialis*) da una sviluppata procedimentalizzazione, e che vede in linea di massima prevalere il bando, nonché gli atti ad esso più prossimi e “vicini”, e che nel delineato quadro, “rimane in primo luogo evidente come un maggiore peso regolatorio debba essere conferito al capitolato tecnico (chiarissimo e lapidario sul punto), rispetto ad una mera esemplificazione pur indubbiamente equivoca”, ha, tuttavia, giustamente confutato l’assunto di parte ricorrente, secondo cui l’amministrazione - interpellata dall’Ati prima di formulare l’offerta - avrebbe reso chiarimenti tali da tranquillizzare l’Ati medesima verso una indicazione del ribasso da intendere riferito ad importi al netto dell’IVA.

E, infatti, con nota del 14 dicembre 2004, l’Ente d’Ambito Aquilano testualmente rispondeva: “Con riferimento alla procedura di calcolo per la determinazione del ribasso percentuale da applicarsi sull’importo a base di gara, riportato nell’art. 2 del Capitolato Tecnico Indicativo, che prevede la omnicomprensività di oneri e ritenute erariali, ed in relazione al modello di offerta economica ricompreso nell’allegato 3, si partecipa che al fine di una maggiore comparabilità delle offerte economiche rimesse dalle società partecipanti alla procedura di gara, è opportuno indicare, nel modello dell’offerta economica di cui all’allegato 3, separatamente gli importi sottostanti al ribasso, calcolati ai sensi dell’articolo 2 del capitolato tecnico relativamente a: a) imponibile, b) IVA, c) totale del ribasso percentuale”.

In buona sostanza, come fondatamente rilevato dai primi giudici, la stazione appaltante ha in tal modo inteso ribadire l’omnicomprensività di oneri e ritenute erariali, spiegando, peraltro, che il richiamo all’IVA, operato dal modello di offerta economica, si sarebbe dovuto percepire nel senso di una facoltà in capo

all'offerente - una volta espresso il ribasso sull'importo "tutto incluso"- di poter calcolare anche gli importi scorporati per imponibile ed IVA, ma ovviamente da computare in modo ricognitivo e consequenziale, in relazione all'importo di gara (omnicomprensivo), ribassato secondo la percentuale indicata. Né eventuali errori di trasposizione del calcolo - ovvero, come nel caso di specie, inescusabili malintesi sul metodo di formulazione - avrebbero potuto impedire alla stazione appaltante di considerare comunque acquisita l'offerta nell'importo omnicomprensivo risultante dal ribasso indicato, a meno di non ritenere l'offerta medesima contraddittoria e quindi soggetta ad esclusione.

Del tutto erroneamente, dunque, parte ricorrente, odierna appellante, estrapolando alcuni passaggi lessicali rispetto all'intero discorso di cui alla nota del 14.12.04, sostiene che l'ente avrebbe in quella sede confermato la sua tesi.

Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il T.A.R. ha correttamente concluso sul punto, affermando che l'offerta è stata correttamente intesa dalla stazione appaltante nella sua esatta quantificazione.

Relativamente, infine, alla domanda del ricorrente di reintegrazione in forma specifica ex art. 2932 c.c., sulla base della prospettazione di una valenza ex se contrattuale del verbale definitivo di aggiudicazione, il Tribunale ha fondatamente ritenuto che si trattasse di istanza processuale ormai priva di interesse, in relazione alle conclusioni del collegio in ordine al quantum offerto dal ricorrente quale corrispettivo dell'appalto in questione.

Il T.A.R. ha, peraltro, al riguardo correttamente sottolineato come il richiamo all'istituto introdotto dall'articolo 16, comma 4, del r.d. n. 2440 del 1923 debba intendersi ormai da tempo espunto dall'ordinamento per incompatibilità con il Trattato. Infatti, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza Alcatel causa C-81/98 del 28 ottobre 1999, a proposito della (vecchia) direttiva ricorsi 89/665, deve sempre riconoscersi un congruo lasso di tempo fra



aggiudicazione e contratto al fine di consentire ai concorrenti “respinti” di poter utilmente proporre ricorso prima della stipula negoziale. Oggigiorno, a garantire una migliore tutela ripristinatoria in forma specifica, al fine di scongiurare il pericolo di sopravvenienze irreversibili, vi è la disposizione di cui all’art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 167/06 (cfr. pure l’art. 2bis della direttiva ricorsi 2007/66/CE dell’11 dicembre 2007).

In conclusione l’appello è infondato e, pertanto, deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Stante la mancata costituzione in giudizio dell’Amministrazione intimata, non vi è luogo a pronuncia sulle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l’appello.

Nulla sulle spese del grado.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2010 con l’intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione