

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29896-se-dal-reato-commesso-scaturisce-la-nullita-del-prov-vedimento-di-aggiudicazione-va-rilevato-che-ai-sensi-del-combina-to-disposto-di-cui-agli-artt-27-septies-l-n-241-1990-e-6-comma-1-l-n-205-2000->

Autore: Lazzini Sonia

Se dal reato commesso scaturisce la nullità del provvedimento di aggiudicazione, va rilevato che ai sensi del combina-to disposto di cui agli artt. 27 septies L. n. 241/1990 e 6, comma 1, L. n. 205/2000 (poi sostituito dall'art. 244, comma 1, D.Lg.vo n.

Tar Basilicata, Potenza, 28.06.2010 n. 453_BIS

Se dal reato commesso scaturisce la nullità del provvedimento di aggiudicazione, va rilevato che ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 27 septies L. n. 241/1990 e 6, comma 1, L. n. 205/2000 (poi sostituito dall'art. 244, comma 1, D.L.g.vo n. 163/2006) il Giudice Amministrativo può pronunciare la nullità del provvedimento amministrativo (cfr. TAR Basilicata Sent. n. 687 del 28.11.2007);

il contratto di appalto, stipulato dalla Pubblica Amministrazione in seguito alla commissione di un reato, deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, C.C. (sul punto cfr. Cass. Sez. I Sent. n. 11031 del 5.5.2008);

ai sensi e per gli effetti della seconda frase dell'art. 244, comma 1, D.L.g.vo n. 163/2006 (aggiunto dall'art. 7 D.L.g.vo n. 53/2010, il quale ha recepito la Direttiva Comunitaria n. 66/2007 tardivamente, in quanto l'art. 3 di tale Direttiva aveva stabilito il termine di recepimento del 20.12.2009) la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo "si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative" (al riguardo va pure evidenziato che recentemente con Ordinanza n. 2906 del 10.2.2010 le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione avevano già statuito che dopo il 20.12.2009, cioè dopo la scadenza del termine di recepimento della citata Direttiva Comunitaria n. 66/2007, spetta al Giudice Amministrativo dichiarare privo di effetti il contratto di appalto, conseguente ad un'illegittima aggiudicazione);

poichè il predetto art. 244, comma 1, seconda frase, D.L.g.vo n. 163/2006 è una norma di diritto processuale, trova immediata applicazione, attesochè per tutte le norme di diritto processuale vige il principio del "tempus regit actum", secondo il quale le nuove norme si applicano anche ai giudizi pendenti e perciò anche con riferimento alle controversie relative all'impugnazione di provvedimenti amministrativi già emanati prima dell'entrata in vigore di tali norme.

Tenuto conto del contenuto delle intercettazioni telefoniche, depositate in giudizio, e della fondatezza del primo motivo di impugnazione del ricorso principale, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

a cura di Sonia Lazzini

riportiamo qui di seguito la sentenza numero 453 del 28 giugno 2010 pronunciata dal Tar Basilicata, Potenza

**N. 00453/2010 REG.SEN.
N. 00290/2008 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 290 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Ricorrente S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Aurelio Pappalepore e Gerardo Pedota, come da mandato a margine del ricorso, con domicilio eletto in Potenza Corso Garibaldi n. 32;

contro

Total Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Pietro Casavola, Lorenzo Mazzeo e Camillo Naborre, come da mandato a margine dell'atto di costituzione, con domicilio eletto in Potenza Via del Gallitello Condominio Palma Felice Palazzo la Forgia;

nei confronti di

costituenda ATI con mandataria la Controinteressata S.n.c., mandanti la Controinteressata due Costruzioni S.r.l., la Controinteressata tre S.r.l. e la Eredi Controinteressata quattro S.n.c. ed imprese cooptate la Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s., la Edil Controinteressata sei S.n.c., la Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e la Eco Costruzioni Controinteressata otto S.r.l., tutte rappresentate e difese dall'Avv. Teresa Massari, come da mandato a margine della memoria di costituzione, con domicilio eletto in Potenza presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per l'affidamento dell'appalto dei lavori relativi alla preparazione del sito nell'ambito del progetto Tempa Rossa; nonché per il risarcimento del danno

anzitutto in forma specifica, con aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente e caducazione e/o inefficacia del contratto di appalto, nonché in via subordinata per equivalente, a titolo di lucro cessante e danno emergente, nella misura del 10% dell'importo a base d'asta o nel minore o maggiore importo a determinarsi in sede giudiziale;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Total Italia S.p.A. e della costituenda ATI con mandataria la Controinteressata S.n.c., mandanti la Controinteressata nove Costruzioni S.r.l., la Controinteressata tre S.r.l. e la Eredi Controinteressata quattro S.n.c. ed imprese cooptate la Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s., la Edil Controinteressata sei S.n.c., la Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e la Eco Costruzioni Controinteressata otto S.r.l.;

Visto l'atto di motivi aggiunti, proposto in data 29.12.2008;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2010 il dott. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-La Total Italia S.p.A., nella qualità di Ente aggiudicatore ex artt. 207, comma 1, lett. b), e 212 D.Lg.vo n. 163/2006, operando in virtù di diritti speciali e/o esclusivi per lo sfruttamento di un'area geografici ai fini della prospezione e/o estrazione del petrolio, del gas e di altri combustibili solidi, con apposito bando di gara, tra-smesso il 29.3.2007 all'Ufficio delle Pubblicazioni Ufficiali della Comunità Europea e pubblicato il 13.4.2007 nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, indicava una procedura ristretta per selezionare l'affidatario dell'appalto

dei lavori relativi alla preparazione del sito nell'ambito del progetto Tempa Rossa, consistenti in scavi, sbancamenti, realizzazione delle piattaforme (dove doveva essere installato l'impianto industriale), realizzazione di una strada di accesso, di una strada perimetrale e di strade interne al sito;

-la successiva lettera invito del 25.7.2007, per quel che interessa ai fini della decisione della controversia in esame, prevedeva: 1) l'importo complessivo dell'appalto di 35.400.000,00 €, di cui 34.300.000,00 € per lavori e 1.100.000,00 € per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; 2) che le offerte dovevano essere presentate entro il termine perentorio delle ore 13,00 del 9.10.2007; 3) che le offerte dovevano, a pena di esclusione dalla gara, essere confezionate in un plico, debitamente sigillato e controfirmato su tutti i lembi di chiusura, contenente quattro buste, anch'esse debitamente sigillate e controfirmate su tutti i lembi di chiusura, di cui: a) una, contenente la documentazione amministrativa, tra cui la cauzione provvisoria e con riferimento alle costituenti ATI la dichiarazione di ogni impresa, facente parte dell'ATI, di indicazione in caso di aggiudicazione della mandataria; b) un'altra, contenente l'offerta tecnica-organizzativa, tra cui apposita relazione, con la quale dovevano essere fornite tutte le indicazioni, utili ai fini dell'attribuzione dei punteggi relativi alla valutazione degli elementi tecnici dell'offerta economicamente più vantaggiosa; c) un'altra, contenente l'offerta economica, consistente nella formulazione del ribasso percentuale e nella lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori; d) ed un'altra busta, contenente tutti i documenti giustificativi della congruità dell'offerta economica formulata; 4) il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti elementi di valutazione, i quali sarebbero stati valutati con il metodo cd. aggregativo-compensatore di cui all'Allegato B del DPR n. 554/1999: a) "Capacità operativa disponibile per i lavori", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 6 punti; b) "Esecuzione del contratto,

programma dei tempi ed avanza-mento”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 9 punti, suddiviso nei seguenti subelementi: b1) “Organizzazione produttiva dei lavori”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 4 punti; b2) “Piano di individuazione e controllo attività tecniche e programma dei tempi esecutivi”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 2 punti; b3) “Riduzione del tempo di esecuzione dei lavori”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 3 punti, i quali sarebbero stati assegnati secondo il metodo della cd. interpolazione lineare ed un’apposita formula matematica, con attribuzione del coefficiente “1” e del massimo punteggio al concorrente, che aveva offerto la migliore riduzione del tempo di esecuzione dei lavori, ed attribuzione del coefficiente “0” al concorrente, che non aveva offerto alcuna riduzione sul tempo di esecuzione dei lavori; c) “Gestione e controllo”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 6 punti, suddiviso nei seguenti subelementi: c1) “Curriculum dei tecnici della struttura tecnico organizzativa”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 4 punti; c2) “Coerenza fra tempi e programma esecutivo”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 2 punti; d) “Attrezzature di costruzione”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 6 punti, suddiviso nei seguenti subelementi: d1) “Numero, tipo e caratteristiche dei mezzi e delle attrezzature di costruzione, che si utilizzeranno per l’esecuzione dei lavori”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 3 punti; d2) “Rispetto delle prescrizioni di cui alla normativa in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 3 punti; e) “Proposte migliorative”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 9 punti, suddiviso nei seguenti subelementi relativi alle: e1) “Strada di accesso e strada circolare”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 5 punti; e2) “Area Centro Oil”, per il quale veniva prevista l’attribuzione di massimo 2 punti; e3) “Area Deposito GPL”, per il quale veniva

prevista l'attribuzione di massimo 2 punti; f) "Salute, sicurezza e ambiente, per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 12 punti, suddiviso nei seguenti subelementi: f1) "Certificati relativi alla SSA (ISO 14001) e OSHAS 180001", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 4 punti; f2) "Misure di mitigazione dell'impatto ambientale durante l'esecuzione dei lavori", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 6 punti; f3) "Manuale del sistema di gestione SSA (SSA MS)", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 2 punti; g) "Qualità", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 12 punti, suddiviso nei seguenti subelementi: g1) "Piano di controllo qualità dei materiali e dell'esecuzione dei lavori", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 6 punti; g2) "Ottimizzazione della cantierizzazione e gestione del traffico durante le fasi esecutive, compresi i sistemi di informazione preventiva all'utenza", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 6 punti; h) "Ribasso del prezzo posto a base di gara", per il quale veniva prevista l'attribuzione di massimo 40 punti, i quali sarebbero stati assegnati secondo il metodo della cd. interpolazione lineare ed un'apposita formula matematica, con la puntualizzazione che la valutazione dell'offerta economica era subordinata al raggiungimento della soglia minima di 36 punti nella valutazione dei predetti elementi tecnici; 5) che la Commissione giudicatrice avrebbe aperto in seduta pubblica le buste, contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche, mentre avrebbe valutato in seduta riservata le offerte tecniche; 6) l'aggiudicazione provvisoria sarebbe stata emanata in favore dell'impresa, che aveva riportato il maggior punteggio complessivo, previa verifica della congruità dell'offerta formulata; 7) il provvedimento di aggiudicazione definitiva sarebbe stato emanato dopo la prestazione della cauzione definitiva e della polizza assicurativa ex art. 129 D.Lg.v.o n. 163/2006 e previa verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti di ammissione previsti dalla lex specialis di gara;

-entro il predetto termine perentorio delle ore 13,00 del 9.10.2007 presentavano l'offerta 17 concorrenti, tra cui la società ricorrente e la costituenda ATI con mandataria la Controinteressata S.n.c., mandanti la Controinteressata nove Costruzioni S.r.l., la Controinteressata tre S.r.l. e la Eredi Controinteressata quattro S.n.c. ed imprese cooptate la Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s., la Edil Controinteressata sei S.n.c., la Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e la Eco Costruzioni Controinteressata otto S.r.l.;

-nella seduta riservata del 24.10.2007 la Commissione giudicatrice, coadiuvata anche da otto Consulenti esterni, prestabiliva i criteri motivazionali ai quali si sarebbe attenuta nella valutazione degli elementi tecnici dell'offerta economicamente più vantaggiosa, più precisamente decideva che: 1) l'elemento di valutazione "Capacità operativa disponibile per i lavori" sarebbe stato valutato "secondo i parametri" stabiliti dal "punto 16 del Bollettino di gara n. 4", secondo cui: il coefficiente "1" sarebbe stato assegnato al concorrente con il rapporto più basso "fra il valore degli impegni assunti con l'offerta e la capacità operativa consentita dalle SOA di appartenenza"; il coefficiente "0" sarebbe stato assegnato al concorrente con il predetto rapporto più alto; mentre agli altri concorrenti sarebbero stati assegnati i coefficienti con il metodo della cd. interpolazione lineare; 2) per quanto riguarda il subelemento di valutazione "Riduzione del tempo di esecuzione dei lavori" ribadiva il suddetto criterio di valutazione, già stabilito nella lettera invito; 3) con riferimento al subelemento "Curriculum dei tecnici della struttura tecnico organizzativa" individuava l'organigramma standard della struttura organizzativa dei concorrenti; 4) il subelemento "Certificati relativi alla SSA (ISO 14001) e OSHAS 180001" sarebbe stato valutato "in ottemperanza a quanto chiarito in fase di gara" dai punti: a) "k del Bollettino n. 1", secondo cui il punteggio massimo di 4 punti sarebbe stato assegnato ai concorrenti in possesso di entrambi i predetti certificati, mentre in caso di possesso di uno solo dei predetti

certificati sarebbero stati attribuiti 2 punti; b) “1 del Bollettino n. 2”, secondo cui in caso di concorrenti “con idoneità plurisoggettiva” i suddetti punteggi sarebbero stati attribuiti “in base al rapporto fra il numero dei componenti, costituenti il concorrente, che siano in possesso della relativa certificazione ed il numero complessivo dei componenti il concorrente”; c) “13 del Bollettino n. 4”, con il quale veniva precisato che, in caso di concorrenti “con idoneità plurisoggettiva”, tale subelemento doveva essere valutato soltanto con riferimento alle imprese associate e non anche con riferimento alle imprese cooptate; 5) il subelemento “Manuale del sistema di gestione SSA (SSA MS)” sarebbe stato valutato secondo “i medesimi principi” indicati dai punti “1 del Bollettino n. 2” e “13 del Bollettino n. 4”, con la puntualizzazione che con il “punto 11 del Bollettino n. 5” era stato stabilito che non sarebbero stati attribuiti punti alle relazioni che non illustravano brevemente come doveva essere utilizzato detto manuale (cfr. verbale n. 1 del 24.10.2007);

-nella seduta pubblica del 25.10.2007 la Commissione giudicatrice apriva le buste, contenenti la documentazione amministrativa (cfr. verbale n. 2 del 25.10.2007);

-nella seduta riservata del 26.10.2007 la Commissione giudicatrice decideva di far valutare la documentazione amministrativa, presentata dai concorrenti, da un apposito gruppo di lavoro, coordinato dal Commissario Sig. Tonna Daniele (cfr. verbale n. 3 del 26.10.2007);

-nella seduta riservata del 6.11.2007 la Commissione giudicatrice approvava l'operato del predetto gruppo di lavoro, il quale aveva ammesso al prosieguo della gara 15 concorrenti ed aveva escluso dalla gara 2 concorrenti (cfr. verbale n. 4 del 6.11.2007);

-in otto sedute riservate, tenutesi nel periodo 7.11.2007-13.12.2007, la Commissione giudicatrice, coadiuvata anche da sette Consulenti esterni, i quali, tra l'altro, analizzavano anche le proposte migliorative presentate dai concorrenti: 1)

aprirebbe le buste, contenenti le offerte tecniche, ed attribuirebbe i punteggi, relativi agli elementi di carattere tecnico dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) in seguito a tale valutazione la costituenda ATI controinteressata otteneva il punteggio complessivo di 44,18 punti, mentre la società ricorrente conseguiva il punteggio complessivo di 42,58 punti;

-nella seduta pubblica del 14.1.2008 la Commissione giudicatrice: 1) rendeva noti i punteggi attribuiti con riferimento agli elementi di carattere tecnico dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) apriva le buste, contenenti le offerte economiche, ed assegnava i relativi punteggi (sia alla ricorrente che all'ATI controinteressata veniva attribuito il punteggio massimo di 40 punti); 3) stilava la graduatoria, che vedeva collocati al 1° posto la costituenda ATI controinteressata con il punteggio complessivo di 84,20 punti ed al 2° posto la società ricorrente con il punteggio complessivo di 82,50; 4) decideva di verificare la congruità dell'offerta, formulata dalla costituenda ATI controinteressata (cfr. verbale n. 13 del 14.1.2008);

-nelle sedute riservate del 15, 16 e 17.1.2008 la Commissione giudicatrice verificava la congruità dell'offerta, formulata dalla costituenda ATI controinteressata;

-nella seduta pubblica del 18.1.2008 la Commissione giudicatrice rendeva noto che la suddetta verifica di congruità aveva avuto esito positivo, per cui veniva emanato l'atto di aggiudicazione provvisoria in favore della costituenda ATI controinteressata (cfr. verbale n. 14 del 18.1.2008): tale decisione veniva formalmente comunicata alla ricorrente con nota del 18.1.2008;

-in data 12.5.2008 la resistente Total Italia S.p.A emanava il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in commento in favore della costituenda ATI controinteressata: tale provvedimento veniva formalmente comunicato alla società ricorrente con nota di pari data 12.5.2008;

-con nota del 10.6.2006 la resistente Total Italia S.p.A restituiva alla società ricorrente la cauzione provvisoria;

-intanto, con istanze del 15.5.2008 e del 30.5.2008 la società ricorrente aveva chiesto l'accesso a tutti gli atti di gara: tale accesso veniva poi effettuato in data 17.6.2008;

-in data 26.6.2008 veniva stipulato tra la Total Italia S.p.A. e l'ATI controinteressata il contratto di appalto, relativo ai lavori per la preparazione del sito nell'ambito del progetto Tempa Rossa;

-il predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, unitamente all'intero operato della Commissione giudicatrice, alla nota del 10.6.2008 di restituzione alla ricorrente della cauzione provvisoria ed alla disposizione della lettera invito del 25.7.2007, che prescriveva a pena di esclusione l'obbligo dei concorrenti di inserire la dichiarazione di ogni impresa, facente parte di una costituenda ATI, di indicazione in caso di aggiudicazione della mandataria nella busta, contenente la documentazione amministrativa, anzichè in sede di offerta, sono stati impugnati con il presente ricorso (notificato il 9/14.7.2008), deducendo la violazione degli artt. 37, commi 8 e 9, 75 e 83, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006, dell'art. 100 DPR n. 554/1999, della lex specialis di gara, l'eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità, carente e/o erronea istruttoria, travisamento e sviamento (con tale ricorso è stato anche chiesto il risarcimento dei danni in via principale in forma specifica ed in via subordinata in forma equivalente nella misura del 10% del prezzo offerto);

-si costituivano in giudizio sia la Total Italia S.p.A. che la costituenda ATI con mandataria la Controinteressata S.n.c., mandanti la Controinteressata due Costruzioni S.r.l., la Controinteressata tre S.r.l. e la Eredi Controinteressata quattro S.n.c. ed imprese cooptate la Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s., la Edil Controinteressata sei S.n.c., la Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e la Eco

Costruzioni Controinteressata otto S.r.l., le quali sostenevano l'infondatezza del ricorso;

-in seguito alle note indagini penali (ed ai provvedimenti di custodia cautelare, emessi il 13.12.2008), relative alla presunta sostituzione delle buste contenenti l'offerta dell'ATI controinteressata (più precisamente in seguito ad intercettazioni telefoniche ed ambientali era emerso che i vertici della Total Italia S.p.A. ed il legale rappresentante della mandataria dell'ATI controinteressata si erano accordati, per sostituire fraudolentemente la busta, contenente l'offerta economica dell'ATI controinteressata, custodita in cassaforte), la società ricorrente in data 29.12.2008 ha proposto atto di motivi aggiunti, deducendo la violazione degli artt. 1 e 34 e ss. D.Lg.vo n. 163/2006, dell'art. 1337 C.C., dei principi generali in tema di trasparenza ed in materia di evidenza pubblica e l'eccesso di potere per sviamento a causa del reato di turbativa d'asta (al riguardo la ricorrente evidenzia che successivamente alla pubblicazione della Sentenza Ad. Plen. C.d.S. n. 9 del 30.7.2008, il Giudice Amministrativo ha continuato ad emanare Sentenze, con le quali, unitamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ha anche dichiarato l'immediata ed automatica caducazione del contratto di appalto, nel frattempo stipulato: cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 6292 del 17.12.2008; TAR Pescara Sent. n. 878 del 5.11.2008; TAR Molise Sent. n. 719 del 24.9.2008; TAR Lazio Sez. II Sent. n. 8328 del 15.9.2008);

-con Ordinanza del 12.2.2009 il Giudice Indagini Preliminari del Tribunale di Potenza ai sensi degli artt. 9 e 45 D.Lg.vo n. 231/2001 disponeva a carico della Total Italia S.p.A. la misura interdittiva della sospensione della concessione di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi per la durata di 1 anno; tale misura cautelare in data 12.5.2009 veniva riformata dal Tribunale del riesame di Potenza, il quale disponeva la nomina di un Commissario giudiziale, preposto all'esercizio della gestione delle attività della Total Italia S.p.A., relative alla concessione di

coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi di cui è causa, al quale veniva espressamente attribuito anche il compito di rivalutare il procedimento di evidenza pubblica, oggetto della controversia in esame, “eventualmente esercitando i poteri contrattuali ed amministrativi, in sede di autotutela, qualora vengano ravvisati aspetti di criticità ed irregolarità in violazione delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell’azione amministrativa”;

-con Determinazione del 2.9.2009 il predetto Commissario giudiziale annullava il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell’appalto in commento in favore della costituenda ATI controinteressata e procedeva all’annullamento e/o alla dichiarazione di inefficacia ai sensi dell’art. 1418 C.C. il conseguente contratto di appalto, stipulato il 26.6.2008 tra la Total Italia S.p.A. e l’ATI controinteressata, in quanto: 1) il criterio di valutazione delle offerte economiche, stabilito dalla lettera invito, aveva determinato l’attribuzione dello stesso punteggio massimo di 40 punti a ben cinque offerte economiche, nonostante tra la migliore e la peggiore di tali cinque offerte economiche ci fosse una differenza di circa 2.700.000 €, mentre il bando di gara prevedeva espressamente il criterio della “ponderazione”; 2) nel verbale di apertura delle offerte economiche non risultava attestata la verifica dell’integrità delle buste, contenenti le offerte economiche; 3) la valutazione delle offerte tecniche non era stata effettuata esclusivamente dalla Commissione giudicatrice; 4) come emerso dalle indagini penali, l’affidamento del contratto di appalto in esame era avvenuto in palese violazione dei fondamentali principi di correttezza, di trasparenza e di libera concorrenza di cui all’art. 2 D.Lg.vo n. 163/2006;

-tale Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009 veniva impugnata dinanzi a questo Tribunale con Ricorsi n. 495/2009, n. 513/2009 e n. 521/2009 rispettivamente dalla Controinteressata S.n.c. (nella qualità di impresa mandataria della costituenda ATI controinteressata), dalla Eco Costruzioni Controinteressata

otto S.r.l. (nella qualità impresa cooptata della costituenda ATI controinteressata) e dalla Controinteressata due Costruzioni S.r.l. (poi trasformata in Controinteressata due S.p.A., (nella qualità di impresa mandante della costituenda ATI controinteressata);

-con memoria conclusionale del 7.5.2010 la Total Italia S.p.A. ha dedotto l'improcedibilità del ricorso in epigrafe per sopravvenuta carenza di interesse, richiamando la citata Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009 e la nota Commissario giudiziale del 24.11.2009, con la quale tale Commissario giudiziale aveva formalmente respinto l'istanza, proposta il 30.10.2009 dalla ricorrente, volta ad ottenere l'emanazione in proprio favore del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in commento, in quanto veniva ritenuto "necessario procedere con una nuova gara"; con memoria conclusionale del 6.5.2010 la costituenda ATI controinteressata, oltre a sostenere l'improcedibilità, ha anche chiesto che il ricorso in esame fosse deciso dopo i predetti Ricorsi n. 495/2009, n. 513/2009 e n. 521/2009, pure chiamati nella medesima Udienza Pubblica del 13.5.2010; con memoria conclusionale del 6.5.2010 la ricorrente ha dedotto la nullità ex art. 21 septies L. n. 241/1990 per mancanza dell'oggetto della successiva Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009, in quanto, in accoglimento del presente ricorso, l'originario provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della costituenda ATI controinteressata avrebbe dovuto essere annullato con efficacia ex tunc.

All'Udienza Pubblica del 13.5.2010 il ricorso in epigrafe passava in decisione.

DIRITTO

In via preliminare va affermata ai sensi dell'art. 244, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006 la giurisdizione del Giudice Amministrativo nella controversia in esame, attesochè la resistente Total Italia S.p.A., essendo titolare di diritti speciali e/o esclusivi per lo sfruttamento di un'area geografici ai fini della prospezione e/o

estrazione del petrolio, del gas e di altri combustibili solidi, ai sensi degli artt. 207, comma 1, lett. b), e 212 D.Lg.vo n. 163/2006 è tenuta nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria e di quella nazionale di cui al D.Lg.vo n. 163/2006.

Comunque, sia il ricorso principale che l'atto di motivi aggiunti vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che: 1) deve ritenersi che con la successiva Determinazione del 2.9.2009 il Commissario giudiziale della Total Italia S.p.A., oltre ad annullare il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in commento in favore della costituenda ATI controinteressata ed conseguente contratto di appalto, stipulato il 26.6.2008 tra la Total Italia S.p.A. e l'ATI controinteressata, abbia annullato anche la lettera invito del procedimento di evidenza pubblica di cui si discorre, poiché tale Commissario giudiziale ha ritenuto illegittimo il criterio di valutazione delle offerte economiche, stabilito dalla lettera invito, aveva determinato l'attribuzione dello stesso punteggio massimo di 40 punti a ben cinque offerte economiche, nonostante tra la migliore e la peggiore di tali cinque offerte economiche ci fosse una differenza di circa 2.700.000 €, mentre il bando di gara prevedeva espressamente il criterio della "ponderazione" (per cui, nella specie, non può essere presa in considerazione la tesi, proposta dalla ricorrente nella memoria conclusionale del 6.5.2010, di nullità ex art. 21 septies L. n. 241/1990 per mancanza dell'oggetto della successiva Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009), e tale Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009 è stata ritenuta legittima da questo Tribunale, il quale con separate sentenze ha respinto i suddetti Ricorsi n. 495/2009, n. 513/2009 e n. 521/2009; 2) inoltre, la società ricorrente avrebbe dovuto impugnare la predetta nota del 24.11.2009, con la quale il Commissario giudiziale aveva formalmente respinto l'istanza, proposta il 30.10.2009 dalla ricorrente, volta ad ottenere l'emanazione in proprio favore del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto

in commento, in quanto veniva ritenuto “necessario procedere con una nuova gara”.

Comunque, nel merito brevemente si osserva che: 1) con il primo motivo di impugnazione la società ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 75 D.lg.vo n. 163/2006 e dell'art. 100 DPR n. 554/1999, in quanto la costituenda ATI aggiudicataria con mandataria la Controinteressata S.n.c., mandanti la Controinteressata due Costruzioni S.r.l., la Controinteressata tre S.r.l. e la Eredi Controinteressata quattro S.n.c. ed imprese cooptate la Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s., la Edil Controinteressata sei S.n.c., la Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e la Eco Costruzioni Controinteressata otto S.r.l. doveva essere esclusa dalla gara, poiché aveva allegato all'offerta una cauzione provvisoria intestata soltanto alla Controinteressata S.n.c., alla Eredi Bernardo S.n.c. ed alla Controinteressata cinque Costruzioni S.r.l., ma non anche alle mandanti Controinteressata due Costruzioni S.r.l. e Controinteressata tre S.r.l.; tale motivo di impugnazione risulta fondato, attesochè: a) il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale (cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 4655 del 25.7.2006), secondo cui la cauzione provvisoria, prestata da un'ATI costituenda, deve riferirsi soltanto alle imprese mandataria e mandanti e non anche alle imprese cooptate, in quanto queste ultime nell'ambito del procedimento di evidenza svolgono un ruolo secondario, poiché tutti i requisiti di ammissione alla gara devono già essere posseduti dalla mandataria e dalle mandanti, per cui nella specie non sussiste alcun interesse di garantire la stazione appaltante in ordine all'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte della mandataria ed alle eventuali inadempimenti e/o violazioni di tutti gli obblighi, derivanti dalla partecipazione alla gara, con particolare riferimento alle dichiarazioni sostitutive, attestanti il possesso da parte dell'ATI di tutti i requisiti di ammissione alla gara, le quali, come sopra detto, debbono essere rese soltanto dalla mandataria e dalle mandanti;

b) dalla copia della cau-zione provvisoria, presentata dalla costituenda ATI aggiudicataria, allegata al ricorso, risulta effettivamente che tale cauzione provvisoria era intestata soltanto alla Controinteressata S.n.c., alla Eredi Controinteressata quattro S.n.c. (mandante della costituenda ATI) ed alla Controinteressata cinque Costru-zioni S.r.l. (impresa solo cooptata, ma erroneamente ritenuta man-dante dal fideiussore), sebbene la medesima cauzione provvisoria risultava sottoscritta, nella qualità di parti contraenti, anche dalle mandanti Controinteressata due Costruzioni S.r.l. e Controinteressata tre S.r.l. e dalle imprese cooptate Edil Controinteressata sei S.n.c., Controinteressata sette Costruzioni S.n.c. e Eco Co-struzioni Controinteressata otto S.r.l., ma tali sottoscrizioni non possono sanare l'inderogabile carenza, relativa all'omessa intestazione anche con riferimento alle mandanti Controinteressata due Costruzioni S.r.l. e Controinteressata tre S.r.l., in quanto con la Sentenza n. 8 del 4.10.2005 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha precisato che "il fatto che" la cauzione provvisoria, prestata con fideiussione bancaria o polizza assicura-tiva, non fosse stata sottoscritta dai soggetti garantiti non assume-va "alcun rilievo", poiché: b1) "nel contratto di fideiussione il fi-deiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione altrui, ob-bligandosi personalmente verso il creditore"; b2) il contratto di cauzione provvisoria interviene tra il fideiussore garante e la sta-zione appaltante e si perfeziona ai sensi dell'art. 1333 C.C. soltan-to con la comunicazione alla stazione appaltante, per cui nel con-tratto di cauzione provvisoria la costituenda ATI garantita "non è parte necessaria" (al riguardo va pure evidenziato che ai sensi dell'art. 1936, comma 2, C.C. la fideiussione è efficace, anche se il soggetto garantito non è a conoscenza del contratto di fideiussio-ne); b3) in ogni caso, poiché risulta allegata alla cauzione provvi-soria in esame soltanto l'autentica della firma apposta dal fideius-sore, non può escludersi che le altre imprese, diverse da quelle alle quali è stata intestata la cauzione

provvisoria, potrebbero aver sottoscritto la cauzione provvisoria soltanto dopo il suo rilascio da parte del fideiussore garante; b4) pertanto, deve ritenersi che la sopra descritta cauzione provvisoria non garantisce la stazione appaltante per eventuali inadempimenti, che avrebbero potuto commettere, oltre alla mandataria Controinteressata S.n.c. ed alla mandante Eredi Controinteressata quattro S.n.c., anche le altre due mandanti Controinteressata due Costruzioni S.r.l. e Controinteressata tre S.r.l. e tale carenza andava sanzionata con l'esclusione dalla gara della costituenda ATI controinteressata; 2) con il secondo motivo di impugnazione la società ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 37, comma 9, D.Lg.vo n. 163/2006, in quanto, poiché una delle componenti della costituenda ATI ag-giudicataria, la Controinteressata cinque Costruzioni, si era prequalificata come Controinteressata cinque Costruzioni S.a.s. e poi prima della presentazione dell'offerta si era trasformata in Controinteressata cinque Costruzioni S.r.l., era stato violato il divieto di qualsiasi modificazione nella composizione delle ATI; tale motivo non merita di essere accolto, dal momento che: a) l'art. 37, comma 9, D.Lg.vo n. 163/2006 prescrive tale divieto soltanto con riferimento alla composizione delle ATI "rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta" per cui tale divieto non opererebbe comunque nella fase di prequalificazione della licitazione privata e/o procedura ristretta; b) in ogni caso, va rilevato che ai sensi dell'art. 51 D.Lg.vo n. 163/2006 risulta ammessa la trasformazione di un'impresa singola o associata in ATI nelle more dell'espletamento di un procedimento di evidenza pubblica, se l'impresa trasformata sia ancora in possesso dei requisiti di ammissione alla gara, per cui deve ritenersi che il divieto di qualsiasi modificazione nella composizione delle ATI, stabilito dall'art. 37, comma 9, D.Lg.vo n. 163/2006, va riferito all'ipotesi dell'inserimento nell'ATI di una nuova impresa e non ai casi di cessione e/o affitto di azienda (o di un ramo di azienda), trasformazione, fusione e/o scissione, relativi

ad un'impresa già facente parte dell'ATI; 3) con il terzo motivo di impugnazione la società ricorrente ha impugnato la disposizione della lettera invito del 25.7.2007, che prescriveva a pena di esclusione l'obbligo dei concorrenti di inserire la dichiarazione di ogni impresa, facente parte di una costituenda ATI, relativa all'indicazione in caso di aggiudicazione della mandataria, nella busta, contenente la documentazione amministrativa, anzicchè in sede di offerta, deducendo la violazione dell'art. 37, comma 8, D.Lg.vo n. 163/2006, per cui, poiché la costituenda ATI aggiudicataria aveva inserito tali dichiarazioni nella busta, contenente la documentazione amministrativa, doveva essere esclusa dalla gara; anche tale motivo non può essere accolto, in quanto, pur prescindendo dalla circostanza che andrebbe verificato se anche la società ricorrente ha osservato la clausola del bando di gara impugnato, perché in tal caso tale censura sarebbe inammissibile per difetto di interesse, va rilevato che: a) la costituenda ATI aggiudicataria non poteva far altro che osservare una precisa disposizione della lex specialis di gara; b) la Giurisprudenza citata dalla ricorrente (cfr. TAR Catanzaro Sez. II Sent. n. 855 del 25.6.2007; TAR Palermo Sez. II Sent. n. 388 del 3.2.2006) si riferisce alla fattispecie dell'assenza di una specifica disposizione sul punto da parte della lex specialis di gara, ma non alla fattispecie, che ci occupa, relativa ad una specifica disposizione del bando di gara, che prescrive, a pena di esclusione, l'obbligo di inserire le predette dichiarazioni nella busta, contenente la documentazione amministrativa; c) in ogni caso, la tutela dell'interesse strumentale all'annullamento della clausola della predetta lex specialis di gara ed alla ripetizione della licitazione privata in commento risulta improcedibile, in quanto con la successiva Determinazione Commissario giudiziale del 2.9.2009 è stata annullata anche la lettera invito e tale annullamento ha determinato la ripetizione della gara; 4) con il quarto motivo di impugnazione, proposto subordinatamente al mancato accoglimento dei primi tre motivi di impugnazione, la società ricorrente fa valere

L'interesse strumentale alla ripetizione della gara, deducendo la violazione dell'art. 83, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006, in quanto la Commissione giudicatrice nelle sedute del 7.11.2007 e del 16.11.2007 aveva introdotto ulteriori criteri di valutazione degli elementi tecnici dell'offerta economicamente più vantaggiosa; tale censura risulta destituita di fondamento, in quanto: a) nelle sedute del 24.10.2007 e del 7.11.2007 la Commissione giudicatrice si è limitata a ribadire i criteri di valutazione, già indicati nella lettera invito (anche con riferimento al subelemento di valutazione "Ri-duzione del tempo di esecuzione dei lavori"), e con riferimento all'elemento "Capacità operativa disponibile per i lavori" ed ai subelementi "Certificati relativi alla SSA (ISO 14001) e OSHAS 180001", "Certificati relativi alla SSA (ISO 14001) e OSHAS 180001" e "Manuale del sistema di gestione SSA (SSA MS)" con-fermava i parametri di valutazione, già resi noti ai concorrenti, rispettivamente con i punti "16 del Bollettino di gara n. 4", "k del Bollettino di gara n. 1", "1 del Bollettino di gara n. 2", "13 del Bollettino di gara n. 4" e "11 del Bollettino di gara n. 5"; b) mentre l'estensione dei principi contenuti nei punti "1 del Bollettino di gara n. 2" e "13 del Bollettino di gara n. 4" assume la configurazione di un criterio motivazionale, al quale la Commissione si sarebbe attenuto, consentito dallo stesso art. 83, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006; c) nella seduta del 16.11.2007 i sette Consulenti esterni, non hanno introdotto ulteriori criteri di valutazione degli elementi tecnici dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma hanno soltanto analizzato le proposte migliorative presentate dai concorrenti; 5) per quanto riguarda i motivi aggiunti, va rilevato che al momento della loro proposizione l'indagine penale risultava tuttora in corso, per cui non potevano essere dati per riscontrati i fatti contestati ai vertici della Total ed alla mandataria dell'ATI controinteressata.

A quanto sopra consegue l'improcedibilità del ricorso principale e dell'atto di motivi aggiunti.

Conseguentemente, va respinta la domanda di risarcimento danni, sia in forma specifica che in forma equivalente, atteso che nel processo amministrativo l'azione di risarcimento del danno, pro-posta unitamente all'azione di annullamento (o in via autonoma) è ammissibile e resta procedibile solo a condizione che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, poiché ai fini dell'ammissibilità del risarcimento dell'interesse legittimo risulta necessario e vincolante il previo e/o contestuale accertamento dell'illegittimità (e conseguente annullamento) dell'atto impugnato (cfr. C.d.S. Ad. Plen. Sent. n. 4 del 26.3.2003; TAR Lecce Sez. II Sent. n. 3710 del 4.7.2006 e da ultimo C.d.S. Ad. Plen. Sent. n. 12 del 22.10.2007). Comunque, si coglie l'occasione per evidenziare che: 1) se dal reato commesso scaturisce la nullità del provvedimento di aggiudicazione, va rilevato che ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 27 septies L. n. 241/1990 e 6, comma 1, L. n. 205/2000 (poi sostituito dall'art. 244, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006) il Giudice Amministrativo può pronunciare la nullità del provvedimento amministrativo (cfr. TAR Basilicata Sent. n. 687 del 28.11.2007); 2) il contratto di appalto, stipulato dalla Pubblica Amministrazione in seguito alla commissione di un reato, deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, C.C. (sul punto cfr. Cass. Sez. I Sent. n. 11031 del 5.5.2008); 3) ai sensi e per gli effetti della seconda frase dell'art. 244, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006 (aggiunto dall'art. 7 D.Lg.vo n. 53/2010, il quale ha recepito la Direttiva Comunitaria n. 66/2007 tardivamente, in quanto l'art. 3 di tale Direttiva aveva stabilito il termine di recepimento del 20.12.2009) la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo "si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative" (al riguardo va pure evidenziato che recentemente con Ordinanza n. 2906 del 10.2.2010 le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione avevano già statuito che dopo il 20.12.2009, cioè dopo la scadenza del termine di recepimento della citata Direttiva Comunitaria n. 66/2007,

spetta al Giudice Amministrativo dichiarare privo di effetti il contratto di appalto, conseguente ad un'illegitima aggiudicazione); 4) poichè il predetto art. 244, comma 1, seconda frase, D.L.gvo n. 163/2006 è una norma di diritto processuale, trova immediata applicazione, attesocchè per tutte le norme di diritto processuale vige il principio del "tempus regit actum", secondo il quale le nuove norme si applicano anche ai giudizi pendenti e perciò anche con riferimento alle controversie relative all'impugnazione di provvedimenti amministrativi già emanati prima dell'entrata in vigore di tali norme.

Tenuto conto del contenuto delle intercettazioni telefoniche, depositate in giudizio, e della fondatezza del primo motivo di impugnazione del ricorso principale, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata così decide: 1) dichiara improcedibili il ricorso principale e l'atto di motivi aggiunti; 2) respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Antonio Ferone, Consigliere

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2010

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

IL SEGRETARIO