



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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 108 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Gullace Ferdinando, Impresa Filippone Antonio, Impresa Cataldo Francesco, tutte rappresentate e difese dall'avv. Fabio Mammoliti, con domicilio eletto presso Sabrina Amodeo in Reggio Calabria, via Mazzini, 6;

contro

Comune di Canolo, rappresentato e difeso dall'avv. Roberta Autelitano, con domicilio eletto presso Antonio Borruto in Reggio Calabria, via Crocefisso N 15/C;

nei confronti di

D'Auria Costruzioni S.r.l., Edilmadue Sas di Mastroianni Vincenzo & C. ed Impresa Edile Bova Rosanna, tutte rappresentate e difese dagli avv. Angela Messinò e Luca Maio, con domicilio eletto presso Antonino Smorto Avv. in Reggio Calabria, via Pellicano N.17/D;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Bruno Sculli, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Bombardieri, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

per l'annullamento

- 1) dell'atto n. 173 del 15.12.2009, pubblicato il 24.12.2009, con il quale il Responsabile del Servizio Tecnico arch. Bruno Cristiano aggiudicava definitivamente all'ATI D'AURIA – EDILMADUE- BOVA ROSANNA i lavori di realizzazione di un collettore fognario al servizio dei comuni di Agnana, Canolo, frazione di Gerace al depuratore consortile di Siderno,
- 2) del relativo avviso di esito di gara pubblicato sul sito internet della S.A. il 24.12.2009;
- 3) dell'atto verbale di gara n.2 del 18.09.2009 con il quale la commissione di gara aggiudicava provvisoriamente i lavori all'ATI D'AURIA – EDILMADUE- BOVA ROSANNA;
- 4) dell'atto verbale della seduta di gara riservata n.2 del 7.09.2009 con il quale la commissione e per essa il Rup Presidente riteneva congrua l'offerta a seguito delle giustificazioni presentate;
- 5) dell'atto verbale della seduta di gara riservata n.1 del 16 luglio 2009 con il quale la commissione richiedeva all'ATI D'AURIA – EDILMADUE- BOVA ROSANNA ulteriori documenti a giustificazione dell'offerta;
- 6) dell'atto verbale di gara mediante procedura aperta del 26.06.2009, solo per la parte relativa alla ammissione dell'Ati D'AURIA – EDILMADUE- BOVA ROSANNA ;
- 7) del contratto stipulato in data stipulato in data 29.12.2009 (repertorio n. 08 del 29.12.2009) tra Comune di Canolo e la ditta D'AURIA, per quanto appresso;
- 8) di ogni altro atto connesso, prodromico, presupposto e/o consequenziale

agli atti impugnati;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Canolo e delle controinteressate D'Auria Costruzioni S.r.l, Edilmadue Sas di Mastroianni Vincenzo & C. ed Impresa Edile Bova Rosanna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le imprese ricorrenti avversano gli atti con i quali il Comune intimato ha aggiudicato alle controinteressate i lavori di costruzione di un collettore fognario a servizio dei Comuni di Agnana, Canolo e Gerace, ed ha poi sottoscritto il relativo contratto di appalto.

Risultate seconde in graduatoria, le odierne ricorrenti espongono in fatto che durante la verifica dei requisiti, è emerso che la controinteressata D'Auria Costruzioni ha subito un provvedimento interdittivo ex art. 36 bis della l. 248/2006; la controinteressata Edilmadue Costruzioni generali SAS ha subito una risoluzione del contratto per grave inadempimento in relazione ad un appalto di lavori con l'ANAS spa; a carico della ditta BOVA Rosanna è infine emersa una irregolarità contributiva. Nonostante tali accertamenti, espongono ancora le ricorrenti, veniva dunque aggiudicata definitivamente la gara a favore delle imprese controinteressate, peraltro con plurime violazioni di termini del procedimento.

Avverso tali atti, le ricorrenti deducono dunque articolati motivi di gravame, tendenti a far dichiarare l'illegittimità degli atti impugnati per alterazione del soggetto aggiudicatario (I e II censura) e per carenza dei requisiti soggettivi delle imprese riunite ai fini dell'aggiudicazione (III, IV e V censura), nonché illegittimità del procedimento per violazione dei termini cui all'art. 48 comma 2 e della clausola c.d. di "stand still" di cui all'art. 11, comma 10 del codice degli appalti (VI motivo di ricorso).

Si sono costituite sia le imprese controinteressate, sia il Comune intimato, che resistono al ricorso di cui chiedono il rigetto.

E' intervenuto ad opponendum il Responsabile Unico del Procedimento di gara, sig. Sculli, che chiede il rigetto del ricorso.

Con motivi aggiunti, parte ricorrente chiede, previo annullamento dell'aggiudicazione e del contratto, di dichiararsi il subentro nell'appalto (non risultando ancora consegnati i lavori), o, in subordine, il risarcimento per equivalente nella misura dell'11% del prezzo, in base all'offerta, oppure nella misura del 10% dell'appalto come per legge, anche in via equitativa.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

La domanda di parte ricorrente in parte fuoriesce dalla giurisdizione del giudice amministrativo e per altra parte è invece infondata, così come condivisibilmente sostenuto dalle difese delle parti resistente, controinteressate e interveniente.

I) Per ragioni di ordine pregiudiziale ed anche di migliore chiarezza espositiva, il Collegio si fa carico innanzitutto delle censure riferite alla fase dell'aggiudicazione vera e propria, e le respinge in quanto infondate.

Quanto alla prima tra esse, con cui si lamenta che la ditta D'Auria Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa per la sussistenza di un

provvedimento ex art. 36 bis della L. 248/2006 emesso dal Ministero delle Infrastrutture, è documentalmente provato che tale misura interdittiva ha cessato i propri effetti alla data di pubblicazione del bando (provvedimento nr. 1324 del 7 marzo 2008, che ha comminato nr. tredici giorni di sospensione) ed il sistema normativo di riferimento non contiene alcun indice o previsione che consenta di configurare una portata ultrattiva della misura o comunque un effetto tale da incidere definitivamente sulla capacità a contrarre, considerata, tra l'altro, la natura tipicamente sanzionatoria dell'istituto (che dunque, nella misura in cui deroga al principio della partecipazione alle gare ed alla conseguente libertà di impresa va applicato secondo stretta interpretazione).

La seconda censura, secondo la quale l'impresa Edilmadue avrebbe dovuto essere esclusa per aver commesso gravi irregolarità in un precedente appalto commissionato dall'ANAS spa, è infondata in diritto, posto che l'art. 38, lett. "P" del codice appalti prescrive tale clausola di esclusione solamente in relazione ad appalti della stessa amministrazione aggiudicatrice e comunque il bando di gara non ha previsto una generale clausola di esclusione per inadempienze commesse in appalti aggiudicati da amministrazioni terze (cfr. il bando di gara, punto III.2.1) lett. "P").

Con un terzo argomento di doglianza, parte ricorrente censura la mancata esclusione della ditta D'Auria ai sensi dell'art. 38 lett. "I" del codice appalti, ossia per grave irregolarità contributiva: la censura è generica ed infondata, atteso che dagli atti versati in giudizio non emerge alcun importo della summenzionata irregolarità, la quale è stata peraltro tempestivamente sanata dalla controinteressata. A tale proposito, si osserva che la ditta D'Auria risultava essere in posizione di regolarità al momento della presentazione delle offerte e, in virtù della avvenuta regolarizzazione, anche al momento

dell'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che il procedimento di gara è, anche sotto questo profilo, immune dalle censure dedotte (cfr. TAR Catania, I, 28 aprile 2009, nr. 802 secondo cui "l'avvenuta regolarizzazione, avvenuta in un tempo intermedio tra il momento della partecipazione alla gara e quello dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, rende sostanzialmente ininfluyente, ai fini della gara stessa, il transitorio momento di mancata regolarità contributiva").

Peraltro, secondo i consueti principi in ordine all'onere di allegazione e di prova, manca da parte della ricorrente qualsiasi dimostrazione o deduzione in ordine alla pretesa "gravità" dell'inadempienza contributiva (che dagli atti di causa neppure emerge nel suo ammontare) e pertanto la censura è generica, oltre che infondata.

Quanto alla dedotta violazione dei termini del procedimento, relativi alla fase anteriore alla stipula del contratto, anche tale gruppo di censure è infondato.

Irrilevante è la mancata comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione alla seconda in graduatoria perché ciò comporta non un vizio dell'aggiudicazione, ma solamente la perdurante possibilità per la seconda in graduatoria di impugnare la menzionata aggiudicazione una volta avuta conoscenza effettiva.

Non trova, poi, applicazione al caso di specie l'art. 48 del codice degli appalti, posto che la menzionata disposizione è riferita a quelle fattispecie in cui si deve procedere alla verifica dei requisiti di ordine economico e finanziario e tecnico-organizzativo, mentre nel caso in esame l'ATI concorrente e prima classificata ha documentato il possesso dei requisiti di ordine generale nella fase compresa tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva.

In relazione a quest'ultimo aspetto, vanno anche disattese le ulteriori ragioni di censura di parte ricorrente tese a contestare la legittimità della richiesta, da

parte della Stazione appaltante, dei soli certificati del casellario e dei carichi pendenti, e non anche dei certificati integrali, perché le PA non possono acquisire quest'ultima tipologia di informazioni, che sono riservate agli organi di giustizia (artt. 21, 27 e 28 del DPR 14.11.2002, nr. 313).

Senza la concorrenza di vizi dell'aggiudicazione, non è infine causa di annullamento dell'aggiudicazione la violazione in sé della clausola "stand still" di cui all'art. 11 comma 10 del dlgs 12.04.2006, nr. 163 (che prescrive che il contratto non può essere stipulato prima del decorso di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione).

Sul punto, giova osservare che, così come prospettata, la censura inerente il mancato riscontro del termine dilatorio va adeguatamente ed opportunamente qualificata dal Tribunale, perché il contratto è stato sottoscritto il 29 dicembre 2009, in un tempo cioè anteriore alla introduzione della norma che si assume violata (introdotta con il dlgs 20 marzo 2010, nr. 53). Era, invece, applicabile *ratione temporis* l'art. 44 della L 07/07/2009 n. 88, attuativa della direttiva CE 66/2007, a sua volta da recepirsi entro il 20 dicembre 2009 (art. 3), la quale ha sancito il principio della necessità della previsione di un termine congruo tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, allo scopo di assicurare una effettiva possibilità di tutela giudiziaria degli operatori. In tal senso, sebbene non operante la clausola "stand still" oggi in vigore, era, al momento della stipula del contratto, applicabile un principio di analogo tenore affermato da una direttiva comunitaria venuta a scadenza dopo l'aggiudicazione definitiva (datata 15 dicembre 2009) e prima della stipula del contratto (avvenuta il 29 dicembre 2009).

In proposito, si deve ritenere che la violazione della clausola (e del principio) di "stand still", in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o

L'inefficacia del contratto: nel sistema normativo oggi in vigore, a tale conclusione conduce necessariamente l'esegesi dell'art. 121, lett. "c" del c.p.a., a norma del quale "il giudice che annulla l'aggiudicazione", dichiara obbligatoriamente l'inefficacia del contratto, laddove (e dunque solamente se) la violazione dell'art. 11 comma 10 cit. "abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto" e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita. Coerente con tale ermeneutica è pure l'art. 122 del c.p.a. che disciplina l'inefficacia del contratto nei casi diversi da quelli contemplati dall'art. 121, ma sempre ricollegandola all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

L'esegesi delle norme nel senso anzidetto è peraltro coerente con l'esigenza di tutela che si pone la direttiva comunitaria di riferimento e che è stata recepita dal legislatore nazionale: il termine dilatorio è servente alla tutela giudiziale ed all'effettività della pronuncia che accoglie il ricorso per vizi nell'aggiudicazione e dunque, al di fuori di queste ipotesi di tutela, la sua violazione non giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o, tantomeno, la dichiarazione di inefficacia del contratto.

Per tutte queste ragioni, dunque, nella parte rivolta a censurare l'aggiudicazione dell'appalto alle controinteressate, il ricorso è infondato e va respinto.

II) Il Collegio prende adesso in esame l'ordine di censure svolte a sostegno dalla domanda di annullamento del contratto per vizi propri di quest'ultimo, ossia per la mancata sottoscrizione di tutte le imprese controinteressate.

La giurisdizione del giudice amministrativo sulle domande ove si faccia questione dei vizi di un contratto di appalto, è infatti radicata, e limitata al

contempo, da quelle specifiche doglianze che, scaturenti da un errore dell'aggiudicazione, sono rivolte ad inficiarne la stipulazione quanto alle attività di rilievo ed interesse pubblicistico legate alla individuazione del soggetto contraente con la PA, mentre sono soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario quei motivi di ricorso che sono rivolti a censurare la stipula del contratto per vizi propri.

Nel caso in esame, parte ricorrente si duole della mancata corrispondenza tra le imprese che si presentano alla fase di selezione in RTI e la parte che effettivamente sottoscrive il contratto di appalto a seguito dell'aggiudicazione definitiva. Tuttavia, tale situazione integra un' ipotesi di carenza di legittimazione a sottoscrivere il contratto, che prescinde del tutto da vizi propri dell'aggiudicazione, e che costituisce una fattispecie interamente soggetta alle normali regole di diritto civile, segnatamente quelle inerenti la disciplina della rappresentanza e del mandato, ossia questione di puro diritto soggettivo la cui cognizione non può che spettare alla giurisdizione del giudice ordinario.

Inutilmente la difesa della ricorrente si appella, ai fini della giurisdizione, alla disciplina di cui all'art. 37, comma 9 e 10 del codice degli appalti (a norma dei quali, rispettivamente, "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta" a pena dell'"annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento"), perché tali disposizioni non regolano la giurisdizione, limitandosi a porre una regola di carattere sostanziale che dovrà essere differentemente qualificata in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo a seconda della specifica fase nella quale avviene il mutamento vietato. Più precisamente, se il mutamento del

RTI avviene in fase di gara, si determina un' esclusione da tale procedimento, con conseguente provvedimento di natura amministrativa e radicamento di interessi legittimi; se il mutamento avviene, come nel caso di specie, in fase di stipula del contratto (quindi ad aggiudicazione definitiva già avvenuta) o in una fase esecutiva di quest'ultimo, ne deriverà un vizio del contratto che incidendo su diritti soggettivi sarà devoluto alla cognizione del giudice munito di giurisdizione in tal senso.

Sulla domanda di annullamento del contratto, dunque, nei limiti e nel senso appena esposto, va declinata la giurisdizione in favore del giudice ordinario, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 del Dlgs 104/2010 (c.p.a.)

La novità delle questioni, specie in punto di giurisdizione, costituiscono giustificata ragione per disporre la piena compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta, quanto alla domanda di annullamento degli atti di aggiudicazione dell'appalto, e, quanto alla domanda di annullamento del contratto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che declina in favore del giudice ordinario

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO