



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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10464 del 2010, proposto da:
Atzwanger S.p.A. in proprio e quale Mandataria Cg Ati, Ati Area
Impianti Spa e in Proprio, Ati Gruppo Public Consult Spa, Ati
Hafner Srl e in Proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Gerhard
Brandstatter, Walter Greifenegg, Claudio Rossano, con domicilio
eletto presso Claudio Rossano in Roma, via Nizza, 59;

contro

Acea Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Michele Caporale,
con domicilio eletto presso Antonio Michele Caporale in Roma, via
Sardegna 38; Eall Srl, Ati Consorzio Fra Cooperative di Produzione
e Lavoro Cons. Coop. e in Proprio; Tme Spa in proprio e quale Cg
Mandataria Ati, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con
domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli,

180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 31976/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE INTERVENTI DI ADEGUAMENTO E POTENZIAMENTO CENTRALE CON IMPIANTO DI TERMOVALORIZZATORE E RECUPERO ENERGETICO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acea Spa e di Tme Spa in proprio e quale Cg Mandataria Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Greifenegg, Valensise, su delega dell' avv. Caporale, e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

ACEA S.p.A. indiceva, nella qualità di mandataria di E.A.L.L. S.r.l., una gara a procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato dei lavori di adeguamento e potenziamento di un impianto di termovalizzatore e recupero energetico da combustibile derivato dai rifiuti, situato nel Comune di San Vittore nel Lazio.

Nel termine di scadenza pervenivano l'offerta dell'impresa Atzwanger S.p.A. in ATI con Area Impianti S.p.A., Gruppo Public Consult S.p.A. e Hafner S.r.l. , e l'offerta dell'Impresa T.M.E spa in ATI con Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro — Cons Coop.

Durante la seduta pubblica tenutasi in data 12.11.2007, l'Autorità di gara procedeva all'apertura dei plichi; nella medesima data la Commissione preposta alla valutazione delle offerte tecniche procedeva all'attribuzione dei punteggi come da relativo verbale.

Durante la seduta del 15.11.2007 l'Autorità di gara procedeva quindi all'apertura delle offerte economiche, con conseguente assegnazione dei punteggi economici e determinazione del punteggio totale, risultando come prima classificata l'Impresa T.M.E in ATI con il Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons. Coop.

La Commissione giudicatrice nominata per la valutazione delle offerte tecniche, in data 13.12.2007 concludeva l'analisi dell'offerta presentata dal raggruppamento primo in graduatoria ritenendo congrua l'offerta medesima.

La gara veniva quindi aggiudicata, con determinazione del responsabile della Funzione Servizi e Tecnologie di ACEA spa n 132 del 14.12.2007, all'Impresa T.M.E in ATI con il Consorzio Fra Cooperative di Produzione e Lavoro.

In data 21.12.2007 veniva sottoscritto il contratto d'appalto.

Con lettera del 15.02.2008 Acea S.p.A. provvedeva alla restituzione

della garanzia prestata da Atzwanger S.p.A. per partecipare alla procedura di gara non essendo risultata l'associazione temporanea d'impresa, di cui quest'ultima era la mandataria, aggiudicataria dell'appalto.

Con ricorso al TAR Lazio, consegnato all'ufficio notifiche in data 10.4.2008, le odierne appellanti denunciavano di non aver ricevuto alcuna comunicazione ex art. 79 D. Lgs. N. 163/2006 dell'avvenuta aggiudicazione e di aver avuto accesso ai verbali di gara solo in seguito alle istanze presentate. Lamentavano, inoltre, che l'aggiudicataria T.M.E in Ati con il Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons. Coop avrebbe dovuto essere estromesso dalla procedura di gara e che l'offerta di quest'ultima era da giudicarsi anomala.

Chiedevano quindi l'annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara, di tutti i provvedimenti dell'Autorità di gara e degli atti della Commissione Tecnica relativi alla valutazione tecnica delle offerte.

Con atto di motivi aggiunti le a odierne appellanti deducevano, inoltre, la violazione di tutto il procedimento di verifica dell'offerta della T.M.E aggiudicataria, nonché la liquidazione del risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. N. 80/1998 e della L. n. 205/2000.

Con sentenza n. 31976/2010 il Tribunale Amministrativo per Regione Lazio ha disatteso la domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione dell'appalto in oggetto e del diritto al risarcimento dei

presunti danni provocati dalla violazione delle norme della procedura di gara, dichiarando il ricorso irricevibile per tardività della notifica.

Avverso la predetta sentenza la Atzwanger, l'Area impianti e la Hafner hanno interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio l'A.C.E.A intimata, chiedendo la reiezione del ricorso.

Si è altresì costituita in giudizio la T.M.E S.p.A. controinteressata intimata, chiedendo parimenti la reiezione del ricorso.

Le parti hanno affidato ad apposite memorie, l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 31.05.2011, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo le appellanti deducono l'erroneità della pronuncia del T.A.R. del Lazio in quanto non avrebbe tenuto conto della natura di ATI costituenda del loro raggruppamento, con la distinta ed autonoma legittimazione in capo alle singole imprese che ne consegue, e l'ineludibile corollario, che il termine per l'impugnazione decorra per ciascuna impresa dal momento in cui la stessa abbia acquisito la piena conoscenza dell'atto da impugnare.

Pertanto, qualora ad Atzwanger S.p.A fosse da attribuire la piena conoscenza dell'atto impugnato, non sarebbe da inferirne analogo stato nelle altre partecipanti, di nessun effetto potendo essere nei

loro confronti la missiva di Acea dd. 01 .01.02.2008 rivolta ad Atzwanger Spa, cui la sentenza fa riferimento.

La censura non può essere condivisa.

Ed invero, nei rapporti con la stazione appaltante l'Atzwanger si è qualificata quale mandataria della costituenda ATI con Area Impianti S.p.A., Gruppo Public S.p.A. ed Hafner S.r.l.

Le comunicazioni riguardanti la gara effettuata all'Atzwanger quale mandataria, pertanto, si riferivano necessariamente anche alle altre società del raggruppamento.

Indipendentemente dalla natura di quest'ultimo, infatti, le comunicazioni devono senz'altro essere indirizzate al soggetto cui è conferito, dalle altre componenti, il potere di spendere il nome del raggruppamento stesso, ossia alla capogruppo mandataria.

Del resto, tra le indicazioni che dovevano essere contenute nella domanda di ammissione alla gara per cui è causa, vi era quella di specificare, in caso di ATI, il nominativo dell'impresa capogruppo mandataria del raggruppamento e ciò al chiaro fine di individuare tale ultimo soggetto quale referente della stazione appaltante.

Appare evidente, conseguentemente, che tutte le comunicazioni riguardanti la gara dovevano essere fatte unicamente alla mandataria e non anche a tutte le imprese del raggruppamento. Una diversa interpretazione non solo non trova riscontro in nessuna previsione, ma si rivela del tutto irragionevole determinando, a fronte di un'offerta unitaria, un onere di plurime comunicazioni del tutto

ingiustificato stante la nomina di una mandataria.

Peraltro, va rilevato che l'istanza di accesso del 3/12/2007 è stata espressamente presentata da Atzwanger quale mandataria del raggruppamento di imprese.

In particolare, nella stessa si evidenzia che l'istante "è il sottoscritto Christoph Atzwanger amministratore delegato della Società Atzwanger S.p.A. mandataria indicata del costituendo raggruppamento partecipante alla gara tra le imprese Atzwanger spa, Hafner srl e Gruppo Public Consult S .p. A. ed Area Impianti S .p. A."

Poiché l'istanza deve quindi intendersi presentata da tutte le componenti del raggruppamento, da tutte le stesse componenti è stata di conseguenza ugualmente acquisita la conoscenza dei documenti frutto dell'accesso.

A ciò aggiungasi che, in ogni caso, con la pubblicazione dell'avviso relativo agli appalti aggiudicati sul supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea avvenuta in data 17.1.2008, e con la sua immediata disponibilità all'indirizzo internet www.aceaspa.it, si è determinata una forma di conoscenza legale di per sé sufficiente a dare notizia dell'atto di aggiudicazione ai soggetti contemplati dall'atto stesso (cfr. Consiglio di Stato 1534/2006).

Tutti i concorrenti alla gara ben conoscevano il suddetto indirizzo internet aziendale, essendo tenuti a consultare lo stesso nelle diverse fasi di gara, sia per l'acquisizione dei documenti necessari ai fini della

partecipazione, sia per avere notizia del contenuto degli avvisi di rettifica. Dal 17 gennaio 2008, dunque, le altre imprese del raggruppamento facente capo all'Atzwanger dovevano ritenersi a conoscenza dell'esito della gara ,con conseguente tardività dell'impugnazione anche con riferimento alle stesse.

2. Con il secondo motivo le appellanti assumono che al fine della decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento non basta la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, occorrendo la piena conoscenza del suo contenuto, ivi compreso l'apparato motivazionale.

Erroneamente, pertanto, per il primo giudice la piena conoscenza si sarebbe realizzata in sede di accesso, mediante invio da parte di Acea S.p.A ad Atzwanger S.p.A della nota dd. 01.02.2008, ricevuta in data 04.02.2010, considerato che tale nota sarebbe una semplice lettera accompagnatoria della trasmissione di documenti, di cui si fa un sommario elenco senza alcun accenno all'aggiudicazione, che viene menzionata solo nel contratto d'appalto, pure trasmesso con altri documenti, con la nota in questione.

Non sarebbe dunque la nota dd. 01.02.2008 di Acea a fare menzione, come erroneamente si afferma nella sentenza de qua, dell'aggiudicazione, ma un documento allegato, fra centinaia, alla nota medesima.

La censura è priva di fondamento.

Osserva il Collegio, come la consolidata giurisprudenza di questo

Consiglio abbia da tempo chiarito che l'aggiudicazione è il provvedimento con il quale termina il procedimento di scelta del contraente da parte della P. A., immediatamente lesivo degli interessi dei concorrenti alla gara, non aggiudicatari; ed termine per la sua impugnazione decorre dal momento della piena percezione da parte dell'interessato dei suoi contenuti essenziali (autorità emanante, data, contenuto dispositivo ed effetto lesivo), senza che sia necessaria la compiuta conoscenza dell'intero apparato motivazionale (cfr. ex multis, Consiglio di Stato Sez. IV, 19.6.2007, n. 3303; 31.5.2007, n. 2811; Sez. V, 19.12.2008, n. 6121; 7.10.2008 n. 4854; 7.10.2008 n. 4854; Sez. VI, 28.6.2007, n. 3375; 21.5.2007 n. 2542).

La conoscenza in epoca successiva delle integrali motivazioni poste a sostegno della decisione assunta, fa eventualmente decorrere il termine per la proposizione di motivi aggiunti (Cons. Stato, Sez. V, 7.10.2008 n. 4854).

Tanto permesso, non v'è dubbio che l'Atzwanger abbia avuto adeguata e formale conoscenza della intervenuta aggiudicatrice della gara addirittura prima della nota trasmessale da Acea il 1° febbraio 2008, ed in ogni caso piena ed integrale conoscenza di tutti i relativi atti al momento della ricezione, in data 4 febbraio 2008, della predetta nota.

Invero, come risulta dalla documentazione in atti:

- alla seduta della Commissione di gara tenuta il 15.11.2007, in cui è stata decisa la graduatoria delle due concorrenti, era presente il legale

rappresentante della capogruppo mandataria Atzwanger il quale, pertanto, ha avuto immediata conoscenza a tutti gli effetti dell'esito della gara stessa;

- l'esito della gara è stato pubblicato per avviso sulla G.U.C.E. del 17.1.2008;

- in data 15.11.2007 la Atzwanger ha inviato la prima istanza in cui ha richiesto di accedere alla documentazione amministrativa, nonché all'offerta tecnica ed all'offerta economica, alle schede giustificative del raggruppamento T.M.E., ai verbali di gara e ad ogni altro atto attinente alla gara;

- in data 14.1.2008 l'accesso s'è svolto relativamente ai verbali ed alla documentazione amministrativa, con conseguente oggettiva conoscenza dell'esito della gara;

- pertanto, in data 16.1.2008 la Atzwanger ha richiesto copia del contratto stipulato fra la stazione appaltante ed il raggruppamento aggiudicatario, nonché copia del verbale di consegna dei lavori e copia della comunicazione di esito di gara pubblicata sulla G.U.C.E.;

- in data 1.2.2008 è stata trasmessa da Acea la documentazione richiesta (offerta tecnica ed economica; giustificativi; contratto) con nota prot. n. 212;

- in tale nota, è stata altresì indicata la data ed il numero della G.U.C.E. ove l'avviso dell'esito della gara è stato pubblicato, nonché fornito l'indirizzo internet dove reperire la relativa copia.

Del tutto correttamente, pertanto, il primo giudice ha rilevato che

“ha un peso decisivo e determinante quantomeno la lettera del 1 febbraio 2008, pervenuta alla ricorrente in data 4 febbraio dello stesso anno, che contiene un preciso e chiaro riferimento al contratto notarile d'appalto stipulato tra l'Aceca e l'aggiudicataria ed alla pregressa e necessaria determinazione del responsabile della funzione servizi e tecnologie di Aceca S.p.A. n. 132 del 14 dicembre 2007 con cui si individuava in maniera definitiva il soggetto aggiudicatario della gara in contestazione.

Tale momento è senza ombra di dubbio il dies a quo da cui far decorrere i termini per l'impugnazione. Gli stessi termini decadenziali andavano quindi a scadere il giorno 5 aprile 2008, mentre il ricorso è stato notificato solo in data 10 aprile 2008.”

Né, per quanto sopra precisato, può assumere rilievo l'invocata circostanza per cui la stazione appaltante non abbia inviato nelle formalità prescritte la comunicazione di cui all'art. 79 del D. Lgs. N. 163/2006.

Vero è, infatti, che la stazione appaltante ha comunicato formalmente che l'ATI Atzwanger non è risultata aggiudicataria della gara solo il 15 febbraio 2008, ma è altresì vero che a tale data l'accesso agli atti era già stato compiuto da circa un mese o quanto meno dal 4 febbraio, con piena conoscenza dell'offerta tecnica ed economica, del contratto di appalto, e di tutti i provvedimenti relativi all'aggiudicazione della gara.

Non v'è dubbio pertanto che l'interessata avesse l'onere di

impugnare tempestivamente tali provvedimenti, non potendo di certo la successiva comunicazione di cui all'art. 79 del D. Lgs. N. 163/2006 incidere sul termine decadenziale fissato dalla legge per la proposizione del relativo ricorso.

3. In conclusione, il ricorso in primo grado risulta tardivamente proposto e, pertanto, del tutto correttamente il TAR lo ha dichiarato irricevibile.

4. Per quanto precede, altrettanto correttamente il giudice di primo grado ha disatteso la domanda risarcitoria avanzata dalle odierne appellanti.

Non v'è dubbio, infatti, come non fosse possibile l'accertamento incidentale da parte del TAR della illegittimità dell'atto impugnato oltre i termini decadenziali, al solo fine del giudizio risarcitorio.

In altri termini, l'azione di risarcimento era delibabile solo a condizione che fosse stato impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che fosse stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, non essendo possibile disapplicare atti amministrativi non regolamentari (Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria 4/2003; Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 4/2005, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 2/2006; Cons. Stato, Sez. VI, 3.2.09, n. 578).

Riprova ne è, del resto, il fatto che solo a seguito dell'entrata in vigore (16.9.2010 successiva all'esaurimento del procedimento di primo grado) dell'art. 30 del D. Lgs. 104/2010, il legislatore ha

introdotto la possibilità di proporre in via autonoma la domanda di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

Ed a tale riguardo, peraltro, va rilevato come l'Adunanza Plenaria in recentissimo pronunciamento, abbia affermato con riferimento all'art. 30 comma 3 del codice che “ La disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto - responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa ... recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose

risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi L'Adunanza Plenaria, consapevole dell'inapplicabilità delle norme del codice, entrato in vigore il 16 settembre 2010, ad una fattispecie ed ad un giudizio risalenti ad epoca anteriore, reputa, tuttavia, che la disciplina ora analizzata, nella parte che rileva ai fini della risoluzione della presente controversia, pervenga ad una soluzione convincente delle divergenze interpretative, estensibile a situazioni anteriori in quanto ricognitiva di principi evincibili dal sistema normativo antecedente all'entrata in vigore del codice" (Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3).

5. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, va respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011

IL SEGRETARIO

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