



REPUBBLICA ITALIANA
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 4314 del 2011, proposto da:

CIR Food S.C. in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo RTI, rappresentato e difeso dagli avv. Eugenio Dalli Cardillo e Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso l'avv. Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;

RTI-Ferrari Spa e in proprio e RTI-Braschieri Srl e in proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Arturo Cancrini ed Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso l'avv. Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

Comune di Sassuolo e Sassuolo Gestioni Patrimoniali Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Simone Addario Solieri, con domicilio eletto presso l'avv. Adriano Giuffrè in Roma, via dei Gracchi, 39;

Giunta del Comune di Sassuolo;

Commissione di Gara;

nei confronti di

Markas Service Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Liroso e Giovanni Quadri, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Liroso in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Riccardo Bigoni, Nadia Dondolini, Luciano Bigoni, Maria Luigia Langella e Mario Matrone, rappresentati e difesi dagli avv. Guglielmo Saporito e Barbara Predieri, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n. 00364/2011, resa tra le parti, concernente affidamento costruzione di un centro unico per la produzione pasti e per l'erogazione del servizio di refezione scolastica per il comune di sassuolo (ris.danni) – mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sassuolo, di Sassuolo Gestioni Patrimoniali Srl e di Markas Service Srl;

Visto l'atto di intervento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 luglio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Dalli Cardillo, Addario, Lirosi e Quadri;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, con la sentenza n. 364 del 14 aprile 2011 ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'attuale appellante per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva n. 140 emanata in data 4 agosto 2010 dall'Amministratore Unico della Società Sassuolo Gestioni Patrimoniali S.r.l., comunicata dalla Stazione appaltante con la nota del 6 agosto 2010, con la quale aggiudica la gara, indetta con il metodo della finanza di progetto ai sensi dell'art. 153 del D. Lgs. 163-06, per la costruzione di un centro unico per la produzione pasti e per l'erogazione del servizio di refezione scolastica per il Comune di Sassuolo alla società Markas Service S.r.l.; nonché per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria n. 131 del 19 luglio 2010; di tutti i verbali di gara adottati dalla commissione giudicatrice del 18, 23, 24, 25, 30 giugno e 6 luglio 2010; di tutti i verbali del Presidente della commissione di gara relativi alle sedute del 14 e 18 giugno 2010; della deliberazione della Giunta Comunale n. 229 del 29 luglio 2010 unitamente a tutti i pareri ivi richiamati ed allegati; del verbale del 22 luglio 2010 da cui risulta, a seguito di verifica, che l'aggiudicataria è in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economici professionali per partecipare alla gara; della comunicazione del 21 luglio 2010, prot. S.G.P. n. 4287, con cui il Responsabile del procedimento della Sassuolo Gestioni Patrimoniali Srl chiede alla ditta Markas Service Srl modifiche al progetto del promotore; del verbale di verifica del progetto preliminare del 29 luglio 2010; in subordine, del bando, del capitolato, del disciplinare di gara; infine, del provvedimento, prot. SGP 4904 del 26 agosto 2010, con cui si è disposto il luogo a non provvedere in autotutela ex art. 243-bis, comma 4, D. Lgs. 163-06 a seguito del preavviso di ricorso.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, in primo luogo, che non poteva ritenersi sussistente alcuna incongruità dell'offerta economica prodotta dalla società ricorrente rispetto al costo di realizzazione dell'opera, atteso che lo studio di fattibilità allegato al Disciplinare di gara prevedeva un costo di costruzione di € 1.750.000 largamente inferiore al calcolo sommario della spesa operato dall'aggiudicataria, determinato in € 1.942.000 (comprensivo del valore degli impianti e delle attrezzature necessarie all'edificazione), al netto degli altri oneri accessori e pure inferiore alle risorse indicate da quest'ultima nel piano economico finanziario e ammontanti complessivamente a € 2.923.000.

In secondo luogo, per il TAR la mancata allegazione al progetto preliminare dell'elaborato riguardante le prime indicazioni sui piani di sicurezza non poteva considerarsi illegittimo, poiché l'art. 8 del Disciplinare non disponeva la tassativa produzione di tale elaborato.

Inoltre, per il TAR, la produzione a richiesta di un allegato grafico a titolo di chiarimento di elementi già forniti all'atto della presentazione dell'offerta non poteva costituire integrazione della documentazione richiesta a pena di esclusione; il superamento del tempo di percorrenza di 45 minuti con riguardo al piano di trasporto dei pasti, non potevano comportare, in base al Disciplinare, alcuna esclusione dalla gara o penalizzazioni nel punteggio attribuibile; infine, il rispetto delle norme urbanistiche doveva essere valutato con riferimento al progetto definitivo dell'opera da assentire con apposito permesso di costruire e non in base al progetto preliminare oggetto della procedura competitiva.

In relazione ai motivi aggiunti, il TAR rilevava che non sussistevano elementi concreti per considerare come

omessa l'asseverazione del Piano economico finanziario e che la mancata sottoscrizione degli allegati al Piano di Sicurezza non ricadeva nella previsione di cui all'art. 8 del Disciplinare di gara che attiene esclusivamente alla documentazione da produrre ai fini della partecipazione alla gara.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si costituivano il Comune, la Stazione appaltante e il controinteressato chiedendo il rigetto dell'appello.

Il controinteressato esplicava appello incidentale in relazione alla parte della sentenza impugnata in cui si dichiarava improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse, nonché nella parte in cui nulla dispone in merito all'inammissibilità/improcedibilità dei secondi motivi aggiunti di primo grado proposti dall'attuale appellante.

Venivano espliciti atti d'intervento delle parti Bigoni Riccardo, Bigoni Luciano, Dondolini Nadia, Langella Maria Luigia e Matrone Mario, tutti residenti nella zona dove dovrebbe essere costruito il Centro pasti in oggetto.

Con sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 2101 del 13 aprile 2012, veniva respinto l'appello incidentale interposto dalla controinteressata e accolto l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, veniva accolto il ricorso proposto in primo grado e, quindi, annullata l'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata.

Per ciò che attiene all'istanza risarcitoria, in relazione al combinato disposto di cui agli articoli 122 e 124 c.p.a. questo Consiglio aveva acquisire richiesto al Comune di Sassuolo una dettagliata e documentata relazione in cui fosse precisato: se l'area su cui deve essere realizzato il centro unico di produzione pasti fosse stata o meno acquistata dalla controinteressata in diritto di superficie, come dalla stessa affermato nella memoria del 30 giugno 2011; quale fosse lo stato dei lavori di costruzione del predetto centro unico eseguiti dalla Markas, con la specifica in termini quantitativi ed economici della parte realizzata e di quella da realizzare (nel caso i lavori non siano ultimati); qualora i lavori fossero stati ultimati, quale fosse lo stato di esecuzione dell'appalto, per ciò che attiene la fornitura delle attrezzature necessarie per l'erogazione del servizio di refezione scolastica, con la specifica in termini quantitativi ed economici della parte eseguita e di quella da eseguire (nel caso la fornitura non fosse stata interamente eseguita); qualora la fornitura fosse stata eseguita, se il servizio di refezione fosse stato o meno attivato. Il Comune di Sassuolo ha inviato gli elementi richiesti con nota del 16 maggio 2012.

All'udienza pubblica del 31 luglio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, deve ritenersi irricevibile l'intervento dispiegato dalle parti Bigoni Riccardo, Bigoni Luciano, Dondolini Nadia, Langella Maria Luigia e Matrone Mario, che hanno, invece, correttamente svolto (sotto il profilo processuale e senza in alcun modo entrare nel merito) atto di opposizione di terzo (rubricata all'RG n. 4474-12).

L'intervento è, infatti, tardivo atteso che è stato depositato solo in data 19 giugno 2012 mentre il 26 giugno era fissata (originariamente) l'udienza di discussione del merito dell'appello principale.

L'intervento ha, quindi, violato i termini perentori stabiliti dall'art. 50, commi 2 e 3, c.p.a., a garanzia del contraddittorio tra le parti e dell'ordinato lavoro del giudice, dimezzati ai sensi dell'art. 119 c.p.a.; esso, infatti, doveva essere depositato a pena di decadenza 15 giorni prima dell'udienza fissata per la predetta discussione.

Del resto, l'intervento nel processo amministrativo, nella previgente disciplina ed anche nell'art. 28, comma 2, c.p.a., non è litisconsortile autonomo, bensì adesivo dipendente, a sostegno delle ragioni di una o di altra parte, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo, con la sola eccezione dell'intervento in appello del soggetto che intende opporsi di terzo (ex art. 109, comma 2, c.p.a.), che è di tipo litisconsortile autonomo.

Come assodato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n.

8363), la nuova disciplina introdotta dall'art. 50 c.p.a. prevede, sul piano strettamente procedurale, che:

c) l'atto di intervento è proposto al giudice davanti al quale pende la controversia principale;

d) l'atto deve contenere le generalità dell'interventore, le ragioni su cui si fonda, la sottoscrizione della parte, il patrocinio del difensore e la relativa procura (ex art. 22, comma 2, e 24, c.p.a.);

e) l'intervento è notificato a tutte le altre parti, costituite e non, nel giudizio principale;

f) il deposito dell'atto di intervento è sottoposto ad un duplice, inderogabile, limite temporale: a pena di decadenza deve essere depositato nella segreteria del giudice adito entro trenta giorni dalla notificazione e, comunque, non oltre trenta giorni prima dell'udienza fissata per la discussione del ricorso.

Secondo consolidati principi, la tardività del deposito non è sanabile ex post, per acquiescenza delle controparti, in quanto i termini perentori sono espressivi di un precetto di ordine pubblico processuale essendo posti a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, n. 23 febbraio 2012, n. 1058), a mente del combinato disposto degli artt. 74, comma 1, e 88, comma 2, lett. d), c.p.a.

Né può ritenersi che interferisca sull'operatività di tali regole il rinvio dell'udienza di discussione, che è stata dettata per motivi esclusivamente tecnici (assenza del relatore), non incidendo, dunque, sulle anzidette ragioni di ordine pubblico processuale sopra evidenziate.

L'atto di intervento è, dunque, irricevibile.

2. Nel merito, rileva il Collegio che la presente decisione è circoscritta unicamente alle questioni risarcitorie in relazione al combinato disposto di cui agli articoli 122 e 124 c.p.a.

Preliminarmente deve evidentemente ritenersi che, in materia di appalti pubblici, è affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la questione relativa alla dichiarazione di efficacia del contratto, come previsto dall'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a.

In riferimento alle questioni di merito, si deve osservare che l'appellante ha depositato la delibera n. 118 del 14 maggio 2012 del Comune di Sassuolo con cui si dà atto che l'appellante stesso può allo stato subentrare nella convenzione stipulata in data 9 novembre 2010 tra il Comune di Sassuolo e la precedente aggiudicataria Markas, procedendo all'ultimazione degli impianti e poi alla gestione del servizio.

A seguito di tale accordo l'appellante si è impegnata a non chiedere il risarcimento dei danni per equivalente in relazione all'effettivo ed operativo subentro nella convenzione già sottoscritta e stipulata del contratto di Project financing e, per l'effetto, conseguendo l'affidamento formale della gestione del servizio di refezione per la durata di anni 10, come previsto dalle norme di gara.

Si deve preliminarmente osservare che ai sensi dell'art. 122 c.p.a., fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Come ha già stabilito questo Consiglio, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfusa negli artt. 121 e 122 c.p.a., in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o no l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare o non a produrre effetti, sicché la privazione degli effetti del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione deve formare oggetto di una

pronuncia giurisdizionale tipica (Consiglio di Stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638).

Sempre in via preliminare si deve altresì osservare come, in attuazione di norme comunitarie diverse, l'art. 121 preveda per le violazioni gravi del diritto UE una pronuncia necessaria di inefficacia, salve le esigenze imperative, che prescinde dal fatto che il vincitore abbia proposto o meno domande di tutela specifica e dal contenuto conformativo della sentenza. Gli artt. 122 e 124, rilevanti nel caso di specie, invece, prevedono una pronuncia discrezionale di inefficacia indispensabile per accogliere la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto ovvero per dotare la sentenza di un contenuto conformativo di rinnovazione della gara (non si può rifare la gara se non si è tolto di mezzo il contratto).

Peraltro, a parte il caso in cui la parte si accontenti del risarcimento per equivalente della chance, la mancata pronuncia di inefficacia del contratto precluderebbe lo stesso annullamento dell'aggiudicazione, non potendo esplicitarsi l'effetto conformativo dell'annullamento senza la caducazione del contratto.

Inoltre, deve essere precisato che l'attribuzione dell'aggiudicazione e del contratto presuppongono indispensabilmente la domanda di parte; in quest'ultimo caso, la domanda di inefficacia del contratto, se non espressa, deve ritenersi implicitamente proposta, diversamente dal caso in cui il vizio riconosciuto dalla sentenza comporti la rinnovazione della gara; in quest'ultimo caso non è, infatti, ipotizzabile una domanda di subentro nel contratto.

Nel caso in esame non sorgono comunque questioni in ordine all'avvenuta proposizione della domanda di subentro che, anzi, è stata ulteriormente confermata dalla Delibera n. 118 sopra evidenziata

Nel caso di specie, rileva il Collegio che, come certificato dalla relazione del Comune di Sassuolo, è stata realizzata una quota dei lavori inferiore al 50% di quelli originariamente previsti; la relazione tecnica depositata dalla controinteressata diverge da tale stima unicamente perché la stessa considera oltre € 300.000,00 per l'acquisto del materiale, non ancora impiegato.

Pertanto, il dato relativo allo stato concreto di avanzamento dei lavori può ritenersi assodato.

Il Comune di Sassuolo e la stazione appaltante hanno certificato che l'appellante può subentrare nell'offerta progettuale da essa presentata anche mediante ricorso allo ius variandi, previsto dallo stesso istituto della finanza di progetto; in tale prospettiva, dunque, l'appellante si è impegnata a non chiedere il risarcimento dei danni per equivalente in relazione all'effettivo ed operativo subentro nella convenzione già sottoscritta e stipulata del contratto di Project financing e, per l'effetto, l'affidamento formale della gestione del servizio di refezione per la durata di anni 10, come previsto dalle norme di gara.

Tale accordo, peraltro, alla luce di quanto detto in premessa generale, non determina ex se il subentro nel contratto dell'appellante, ma deve intendersi quale dichiarazione di disponibilità di subentrare (da parte dell'appellante medesimo) e come assenza di ostacoli rappresentati dall'Amministrazione nell'attivare il procedimento di subentro.

Sotto il profilo della possibilità di subentro, non vengono, infatti, in rilievo ulteriori ragioni ostative.

Peraltro, deve evidenziarsi che il subentro nel contratto, come in tutte le ipotesi di successione a titolo particolare nel rapporto negoziale, deve operare in relazione alle condizioni del contratto originario dichiarato inefficace, poiché è quel rapporto negoziale che la norma comunitaria e nazionale intende preservare, in alternativa alla conservazione dell'efficacia del contratto con contestuale risarcimento dei danni dell'impresa illegittimamente pretermessa.

L'appellante, peraltro, ha aderito a tale ipotesi di subentro con la sottoscrizione del verbale "di ottemperanza alla sentenza n. 2101/2012 del Consiglio di Stato" (doc. n. 63 appellante), con cui ha manifestato la volontà di subentrare nel contratto della Soc. Markas (cfr. pag. 6, memoria di replica dell'appellante per l'udienza 26 giugno 2012).

E' chiaro che tale subentro nel medesimo rapporto negoziale potrebbe essere impedita dall'erronea ed illegittima valutazione da parte dell'Amministrazione, riconosciuta giudizialmente, della maggiore convenienza di tale contratto. Ma tale ipotesi non ricorre nel caso di specie, non essendo nemmeno stata dedotta.

Subentrando nel contratto, l'appellante potrà ricorrere allo ius variandi previsto dallo stesso istituto della finanza di progetto, nei soli limiti in cui esso è consentito, contrattualmente e normativamente, pena la responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici in caso di violazione di tali limiti, e la conseguente e omologa responsabilità civile dell'appellante.

In quest'ottica, dunque, gli eventuali maggiori costi necessari per adeguare il centro di cottura della Soc. Markas Service al progetto dell'ATI CIR Food non potranno che rimanere a carico dell'ATI CIR Food medesima, poiché il subentro nel contratto è misura alternativa al risarcimento per equivalente e, dunque, non può concorrere con il medesimo.

Alla luce delle suesposte argomentazioni l'appello deve essere accolto nei sensi sopra precisati e, per l'effetto, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la precedente aggiudicataria con effetto della data di deposito della presente sentenza e deve disporsi il subentro dell'appellante nel contratto d'appalto in oggetto, ai sensi di cui in motivazione.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la precedente aggiudicataria con effetto della data di deposito della presente sentenza e dispone il subentro dell'appellante nel contratto d'appalto in oggetto.

Dichiara irricevibili gli atti di intervento.

Condanna il Comune appellato, la Sassuolo Gestioni Patrimoniali s.r.l. e la controinteressata Markas s.r.l., in solido tra loro, alla rifusione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio in favore dell'appellante, spese che liquida in euro 10.000,00, oltre accessori di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2012

IL SEGRETARIO

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