



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1112 del 2011, proposto dalla società Giunti Editore S.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di un costituendo R.T.I. con la società Gebart S.p.a., rappresentate e difese dall'avvocato Valerio Barone, con domicilio eletto presso Marcello Cardi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 53

contro

Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei, Ministero per i Beni e le Attività Culturali, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Campania, Sez. I, n. 27640/2010

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei e del Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Silvio Bozzi, per delega dell'avvocato Barone, e l'avvocato dello Stato D'Ascia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società appellanti riferiscono di essere primari operatori che svolgono la propria attività da molti anni nel settore della gestione dei servizi aggiuntivi nell'ambito di importanti poli museali nazionali.

Esse riferiscono, altresì, di aver preso parte (nella forma di R.T.I. costituendo con capogruppo mandataria la soc. Giunti Editore s.p.a.) alla pubblica gara indetta nel mese di giugno 2010 dalla Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei finalizzata all'affidamento dei seguenti servizi:

- 1) progettazione e realizzazione editoriale;
- 2) progettazione e realizzazione di oggettistica;
- 3) vendita di prodotti editoriali e di oggettistica presso gli scavi di Pompei e Ercolano.

Ai fini della presente decisione, vanno richiamate le previsioni della *lex specialis* di gara per ciò che attiene i

requisiti di partecipazione inerenti i servizi richiamati *sub 2*) (“*progettazione e realizzazione di oggettistica*”).

In particolare, va richiamata la previsione di cui all’articolo 3 del documento denominato ‘Sollecitazione alla domanda di partecipazione’, per il quale per i servizi *sub 2*) “*il candidato deve dimostrare di aver svolto servizi di progettazione e realizzazione di oggettistica, in maniera continuativa durante il triennio di riferimento, di prodotti di merchandising museale, venduti con unico marchio, per un fatturato lordo complessivo non inferiore a € 1.000.000*”.

Ora, risulta agli atti che, in sede di compilazione della domanda di partecipazione, le società appellanti abbiano operato come segue:

- (nella parte precompilata del modulo) hanno affermato che: “*i) le società complessivamente e ii) la società mandataria nello specifico, soddisfano i requisiti di partecipazione conformemente a quanto previsto dal para 3 e dal para 4 della Sollecitazione, come di seguito riportato*”;

- (invece, nella parte non precompilata del modulo) hanno affermato che il fatturato specifico posseduto dalla mandante Gebart nel settore *sub 2*) è pari a solo 564.514,19.

Ad avviso del Collegio, tale circostanza assume rilievo dirimente ai fini del decidere in quanto:

- per un verso, in sede di compilazione della domanda, le società appellanti hanno riportato il richiamato importo di fatturato specifico (evidentemente inferiore a quello minimo necessario ai fini della partecipazione alla gara), articolando in modo puntuale e dettagliato anche gli importi annuali in cui il richiamato fatturato era scomponibile nell’ambito del triennio di riferimento (e la somma degli importi annuali riportati era effettivamente pari ad euro 564.514,19);

- per altro verso, le medesime società affermano che l’indicazione in tal modo fornita sarebbe frutto di un mero errore materiale, atteso che in realtà la società Gebart s.p.a. ha certamente svolto servizi del tipo richiamato nell’arco del triennio di riferimento per un importo pari a € 1.047.451,43 (ossia, per un importo idoneo a consentire la partecipazione alla gara per cui è causa).

Con la nota in data 12 ottobre 2010 (fatta oggetto di impugnativa in primo grado), la Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei ha comunicato all’ATI in questione l’esclusione dalla gara, in quanto, in relazione ai servizi richiamati *sub 2*) (“*progettazione e realizzazione di oggettistica*”, “*il concorrente ha un fatturato lordo complessivo pari ad € 564.514,19 a fronte di un fatturato richiesto pari ad € 1.000.000*”.

Il provvedimento di esclusione è stato impugnato dalle società Giunti e Gebart dinanzi al T.A.R. della Campania il quale, con la sentenza oggetto del presente gravame, lo ha respinto, ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in sede di appello dalle medesime società, le quali ne hanno chiesto l’integrale riforma articolando i seguenti motivi:

1) Falsa applicazione dell’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 – Falsa applicazione dell’art. 6 della l. n. 241/1990 – Falsa applicazione degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000

La sentenza in epigrafe risulterebbe meritevole di riforma per non avere i primi Giudici tenuto in adeguata considerazione il fatto che l’amministrazione aggiudicatrice, a fronte di una dichiarazione evidentemente contraddittoria, avrebbero dovuto chiedere al RTI appellante adeguati chiarimenti in ordine all’effettivo stato dei fatti rilevanti, ovvero ammettere la rettifica della dichiarazione presentata.

In particolare, l’amministrazione (una volta rilevato il carattere evidentemente contraddittorio di quanto dichiarato ai fini partecipativi) avrebbe avuto l’onere di chiedere al R.T.I. appellante se la dichiarazione corretta fosse quella recata nella parte prestampata del modulo (in cui si affermava che le società complessivamente e la società mandataria nello specifico, integrassero i requisiti di partecipazione conformemente a quanto previsto dalla ‘Sollecitazione alla domanda di partecipazione’), ovvero nella diversa porzione – compilata da ciascun offerente –

in cui era stato indicato come fatturato specifico triennale posseduto dalla Gebart un ammontare inferiore rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Del resto, in base a consolidati principi giurisprudenziali, il rispetto del canone della *par condicio* concorrenziale impedisce integrazioni o rettifiche solo in caso di dichiarazioni omesse o insufficienti, mentre risulta ammesso (*rectius*: doveroso) consentire all'offerente rendere chiarimenti o rettifiche in caso di dichiarazioni comunque rese, ma in modo evidentemente affetto da un errore materiale.

A conclusioni del tutto analoghe si giunge riguardando la domanda di partecipazione quale ordinario atto di fonte privata in relazione al quale un errore di tipo ostativo (laddove chiaramente riconoscibile dal suo destinatario) risulta tipicamente irrilevante.

Alle medesime conclusioni dovrebbe giungersi in applicazione del generale principio del *favor participationis* il quale avrebbe imposto all'amministrazione aggiudicatrice (a fronte di una dichiarazione *ictu oculi* erronea) di chiedere chiarimenti al dichiarante in ordine all'effettivo stato dei fatti, senza limitarsi *sic et simpliciter* a disporre l'esclusione dalla gara.

Ancora, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per la parte in cui ha ritenuto che la puntuale ed analitica indicazione da parte della soc. Gebart di un fatturato specifico di molto inferiore rispetto a quello prescritto dalla *lex specialis* non consentisse integrazioni o rettifiche postume, le quali si sarebbero configurate come inammissibili ipotesi di sostituzione integrale delle dichiarazioni rese ai fini partecipativi, ovvero come ipotesi – parimenti inammissibili – di produzione documentale *ex post*.

Sotto tale aspetto la sentenza sarebbe meritevole di riforma per avere di fatto confuso l'intenzione di emendare un semplice errore nella compilazione della domanda con quella di sostituire *in toto* la domanda ovvero di rendere produzioni documentali tardive.

E ancora, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per avere conferito rilievo del tutto prevalente alla parte della dichiarazione in cui era stato indicato il fatturato triennale della Gebart, dequotando il rilievo della parte (precompilata) della domanda in cui si era – al contrario – affermato il possesso del prescritto requisito di fatturato.

Sotto tale aspetto la sentenza sarebbe erronea per aver ritenuto che dalla dichiarazione resa ai fini partecipativi non emergesse in alcun modo il possesso del requisito di fatturato specifico e che – in ultima analisi – il R.T.I. appellante intendesse integrarlo *ex post*.

Tuttavia, in tal modo statuendo il Tribunale avrebbe del tutto privato di rilievo l'esistenza in atti di una puntuale dichiarazione (quella resa attraverso la sottoscrizione della parte precompilata del modulo) ed avrebbe giudicato come se tale dichiarazione non fosse mai stata resa.

Al contrario, se il T.A.R. avesse correttamente ricostruito i termini della questione, avrebbe dovuto ammettere che ciò che si chiedeva non era un'integrazione postuma di dichiarazioni non rese, quanto – piuttosto – una mera rettifica e precisazione a fronte di una dichiarazione bensì resa, ma in termini contraddittori.

2) *Falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. 163/2006 – Falsa applicazione dell'art. 120, comma 5 del d.lgs. 104 del 2010.*

La sentenza in epigrafe risulterebbe erronea per la parte in cui ha dichiarato la tardività del mezzo di ricorso rivolto avverso la clausola della *lex specialis* (articolo 3 della 'Sollecitazione alla domanda di partecipazione') che imponeva il possesso di un requisito di fatturato specifico di rilevante ammontare (aver svolto servizi di progettazione e realizzazione di oggettistica, in maniera continuativa durante il triennio di riferimento, di prodotti di *merchandising* museale, venduti con unico marchio, per un fatturato lordo complessivo non inferiore a € 1.000.000).

Il R.T.I. appellante aveva impugnato tale previsione della *lex specialis* solo in via subordinata (ossia, solo per

l'ipotesi in cui non le fosse consentito dimostrare il possesso per intero del requisito di fatturato richiesto), ma il T.A.R. ha dichiarato il motivo irricevibile alla luce del consolidato principio secondo cui le clausole del bando di carattere 'escludente' devono essere tempestivamente impugnate in quanto palesano *ab initio* il proprio carattere lesivo.

Il R.T.I. appellante chiede la riforma in parte qua della sentenza osservando che la clausola della *lex specialis* che imponeva un rilevante requisito di fatturato non poteva palesare sin dall'inizio nei suoi confronti un carattere di lesività, per la semplice ragione che lo stesso appellante riteneva correttamente di essere in possesso del richiesto requisito.

Al contrario, la clausola in questione si era palesata come indebitamente preclusiva alla partecipazione solo nel momento in cui l'Amministrazione aggiudicatrice aveva negato all'appellante il beneficio della rettifica *ex post* della domanda presentata, applicando in modo rigido tale rigoroso requisito in relazione a una dichiarazione di fatturato di ammontare incompleto (pari, come si è detto, ad euro 564.514,19).

Nel merito, l'appellante lamenta il carattere sproporzionato ed irragionevole del richiamato requisito di fatturato specifico su base triennale inerente i servizi di progettazione e realizzazione di oggettistica, atteso che tale requisito risultava essere circa tre volte superiore rispetto al valore reale del servizio bandito.

Il carattere sproporzionato ed irragionevole del requisito di fatturato nella specie richiesto paleserebbe la sua irragionevolezza anche ove posto in comparazione con quanto previsto per analoghe gare indette in tempi recenti.

Violazione dell'art. 243, comma 5 del d.lgs. 163/2006.

Da ultimo, l'appellante chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha condannato l'appellante alla rifusione delle spese di lite, senza tenere in adeguata considerazione il fatto che il R.T.I. appellante si era visto costretto a presentare il ricorso a seguito del comportamento dell'Amministrazione aggiudicatrice, la quale non aveva in alcun modo corrisposto alla richiesta di riammissione alla gara, in violazione delle previsioni di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 243 del 'Codice dei contratti'.

Si è costituito in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali - Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei, il quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 1328/2011, resa all'esito della camera di consiglio del 22 marzo 2011, questo Consiglio ha respinto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata, ritenendo che mancasse il necessario requisito del *fumus boni iuris*.

Alla pubblica udienza del 28 novembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da due società attive nel settore editoriale e delle gestioni museali (che erano in procinto di costituire un'A.T.I.) avverso la sentenza del T.A.R. della Campania con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui è stata disposta l'esclusione del raggruppamento dalla gara indetta dal Ministero per i beni e le attività culturali - Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei per l'affidamento di alcuni servizi aggiuntivi rispetto a quelli museali.

2. L'appello è infondato.

2.1. Come si è osservato in narrativa, il fulcro del *thema decidendum* consiste nello stabilire se, in base a tutte le circostanze rilevanti, la domanda di partecipazione presentata dall'appellante palesasse un evidente e riconoscibile carattere di contraddittorietà (si da consentire chiarimenti, integrazioni e rettifiche successive, inidonee in quanto tali ad incidere sul canone della par condicio concorrenziale), ovvero se (come ritenuto dai primi giudici) la domanda di partecipazione apparisse di tenore inequivoco nell'evidenziale il mancato possesso dei requisiti di fatturato specifici richiesti dall'articolo 3 della 'Sollecitazione alla domanda di partecipazione'.

2.1.1. Ad avviso del Collegio al quesito in parola deve essere fornita risposta nel secondo dei sensi indicati.

Come si è anticipato in premessa, in sede di compilazione della domanda di partecipazione, le società appellanti hanno operato come segue:

- (nella parte precompilata del modulo) hanno affermato che: “*i) le società complessivamente e ii) la società mandataria nello specifico, soddisfano i requisiti di partecipazione conformemente a quanto previsto dal para 3 e dal para 4 della Sollecitazione, come di seguito riportato*”;

- (invece, nella parte non precompilata del modulo) hanno affermato che il fatturato specifico posseduto dalla mandante Gebart nel settore *sub 2*) è pari a solo 564.514,19. Inoltre, nel compilare tale parte del modulo, esse hanno analiticamente e dettagliatamente riportato il fatturato annuo realizzato per servizi a marchio Gebart, pari ad euro 217.907,55 per il 2007, ad euro 180.957,75 per il 2008 e a 165.648,89 per il 2009 (per un totale, appunto, di euro 564.514,19).

Ebbene, ad avviso del Collegio, pur emergendo *ictu oculi* la discrasia fra quanto attestato nella parte precompilata del modulo e quanto riportato nella parte non precompilata, nessun interprete avrebbe potuto dubitare (sulla base di un generale canone di ragionevolezza) della prevalenza del contenuto delle dichiarazioni riportate nella parte *non* precompilata del modulo, il cui contenuto analitico e dettagliato e la cui coerenza interna palesava – al di là di ogni ragionevole dubbio - il mancato possesso del prescritto requisito.

Si ritiene al riguardo che l'interprete avrebbe potuto rilevare una contraddittorietà altrimenti inspiegabile (e tale da giustificare il ricorso a chiarimenti, integrazioni e rettifiche successivi) solo laddove in due distinte parti della domanda si fossero rese dichiarazioni di tenore opposto e caratterizzate da un analogo carattere di dettaglio.

Al contrario, nel caso in questione, la discrasia sussisteva fra:

- (da un lato) una anodina dichiarazione contenuta su un modulo precompilato, la quale dava atto in modo non circostanziato del possesso di un determinato requisito di partecipazione e

- (dall'altro) una dichiarazione puntuale, specifica, articolata per anno e corredata da tutte le cifre necessarie, dalla quale emergeva il possesso di un fatturato specifico di molto inferiore (circa per il 50 per cento) rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*. E' del tutto rilevante ai fini del decidere il fatto che la dichiarazione resa sulla parte non precompilata del modulo risultava compiuta, rispondente alle previsioni della *lex specialis* (attraverso un'articolazione per anno dei requisiti di fatturato) ed esatta nella sommatoria (nel senso che il fatturato complessivamente esposto era esattamente pari alla somma dei singoli fattori annui dichiarati).

In definitiva, nel caso in questione risultava del tutto prevalente ed assorbente il rilievo del contenuto di quanto dichiarato nella parte non precompilata del modulo (dichiarazione che, per qualunque operatore, sarebbe risultata essere l'unica davvero rilevante ai fini del decidere, non presentando alcun apparente carattere di contraddittorietà o incoerenza interna).

Al contrario, il contenuto di quanto riportato nella parte precompilata del modulo non era di per sé sufficiente a suscitare neppure il dubbio in ordine a una possibile discrasia sostanziale (la quale legittimasse il ricorso a forme di integrazioni, rettifiche o chiarimenti successivi). Più semplicemente, il complessivo atteggiarsi degli atti non poteva che indurre l'interprete a ritenere che una dichiarazione generica (quella contenuta nella parte precompilata del modulo) fosse in concreto smentita dalle più analitiche e specifiche indicazioni richieste – e fornite – nella parte non precompilata.

Quindi, una volta chiarito che la domanda di partecipazione, nel suo complessivo tenore, fosse chiara e inequivoca nel palesare il mancato possesso da parte della Gebart s.p.a. del necessario requisito di fatturato specifico, è evidente che l'Amministrazione aggiudicatrice non potesse in alcun modo ammettere forme di rettifica postuma (*i.e.*: ammettendo *ex post* la dichiarazione in ordine al possesso di tale requisito, attraverso una produzione di fatto di

segno opposto rispetto a quella inizialmente allegata alla domanda di partecipazione e dalla quale non emergeva alcun indice di incongruenza).

Pertanto, la presente controversia deve essere definita facendo applicazione del condiviso orientamento secondo cui nelle gare pubbliche sussiste il divieto per la stazione appaltante di sottoporre le offerte presentate dalle imprese partecipanti ad operazioni manipolative e di adattamento, risultando altrimenti violati la *par condicio* delle stesse, l'affidamento da esse posto nelle regole di gara per modulare l'offerta economica e le esigenze di trasparenza e certezza, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente (in tal senso: Cons. Stato, III, 22 agosto 2012, n. 4592).

Al riguardo si osserva che, laddove si consentisse a un concorrente (il quale abbia motivatamente e circostanziatamente dichiarato di *non* essere in possesso di un requisito di partecipazione) di modificare radicalmente il contenuto sostanziale delle proprie dichiarazioni (*i.e.*: attestando *ora per allora* di essere bensì in possesso dei requisiti inizialmente negati), si finirebbe per ammettere una iniziativa che andrebbe ben al di là del c.d. 'soccorso istruttorio', traducendosi in un vero e proprio travolgimento dell'assetto sostanziale sul quale deve basarsi il confronto concorrenziale (assetto sostanziale che non può essere integrato attraverso allegazioni del tutto nuove e diverse intervenute dopo la scadenza del termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione).

La giurisprudenza di questo Consiglio ha rilevato che nelle gare pubbliche i limiti che, in generale, incontra il potere-dovere della commissione giudicatrice (di chiedere un'integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete) sono molto stringenti, dovendo conciliarsi con l'esigenza di *par condicio*, che esclude il soccorso a fronte d'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (Cons. Stato, V, 31 marzo 2012, n. 1896).

In definitiva, la questione deve essere risolta facendo applicazione del principio secondo cui nelle gare pubbliche l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione, richiesti a pena di esclusione (nel caso di specie: la dichiarazione in ordine al possesso del requisito di fatturato specifico, che era stata resa, ma in senso negativo), non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara; di conseguenza, la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti o dichiarazioni che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione verificandosi, in caso di ammissione alla regolarizzazione, una palese violazione della *par condicio* fra i concorrenti (in tal senso: Cons. Stato, V, 26 gennaio 2012, n. 334).

2.2. Il secondo motivo di appello (con cui si è chiesta la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha dichiarato irricevibile per tardività il motivo di ricorso avverso la clausola della *lex specialis* che prescriveva a pena di esclusione il più volte richiamato requisito di fatturato specifico) è infondato.

2.2.1. Al riguardo il R.T.I. appellante ha affermato che il carattere di per sé lesivo della previsione di cui all'articolo 3 della 'Sollecitazione alla domanda di partecipazione' non fosse percepibile *ab initio* (ossia, già dal momento della pubblicazione della *lex specialis* di gara), ma che avesse palesato la sua carica lesiva solo nel momento in cui l'Amministrazione non ha consentito di rettificare la propria dichiarazione sostitutiva attraverso l'allegazione dei dati di fatturato asseritamente posseduti in concreto.

Il motivo in questione non può essere condiviso, in quanto attraverso la sua proposizione si tenta di impostare la questione del momento in cui una clausola del bando palesa la propria lesività la quale – per così dire – 'ribalta' sull'Amministrazione gli effetti del contenuto delle dichiarazioni di parte.

In definitiva, posto che la *lex specialis* di gara impediva la partecipazione a un concorrente il quale non fosse in possesso di un determinato requisito (nel caso si specie: un fatturato specifico su base triennale pari ad almeno un milione di euro) e posto che il R.T.I. appellante aveva *sua sponte* dichiarato di essere in possesso di un requisito di fatturato pari alla metà circa di quello minimo richiesto, è evidente che la lesività della prescrizione del bando fosse immediatamente percepibile già nel momento in cui il R.T.I. appellante aveva presentato una domanda fondata su una dichiarazione che, in punto di fatturato specifico, non avrebbe potuto condurre ad altro esito, se non a quello dell'esclusione dalla gara.

Al contrario, non può ritenersi che la valenza preclusiva della ridetta prescrizione della *lex specialis* si sia manifestata solo nel (successivo) momento in cui l'amministrazione ha negato la rettifica ex post della dichiarazione relativa al requisito di fatturato specifico. Contrariamente a quanto ritenuto dal R.T.I. appellante, infatti, in tale momento l'Amministrazione si è limitata a rendere un atto meramente attuativo di una previsione espulsiva già chiaramente contenuta nella *lex specialis* di gara e i cui effetti erano stati interamente determinati sin dal momento in cui l'appellante aveva dichiarato il possesso di requisiti di fatturato del tutto difforni rispetto a quelli richiesti ai fini partecipativi.

Concludendo sul punto si osserva che, laddove si ammettesse la tempestività dell'impugnativa proposta dal R.T.I. appellante computando in suo favore il lasso temporale che era stato necessario perché l'Amministrazione si avvedesse della discrasia fra quanto dichiarato e il chiarissimo tenore della *lex specialis* di gara, ci si porrebbe in evidente contraddizione con il generale divieto di *venire contra factum proprium*.

2.3. Il terzo motivo di ricorso (con il quale l'appellante lamenta che i primi giudici non abbiano tenuto in adeguata considerazione, ai fini della condanna alle spese, il contegno dell'Amministrazione, la quale non aveva in alcun modo corrisposto all'atto con cui l'appellante l'aveva informata dei presunti vizi della procedura e della propria intenzione di proporre ricorso) è anch'esso infondato.

Come è noto, il comma 1 dell'articolo 243-bis del 'codice dei contratti' stabilisce che i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, del 'codice' informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale. Il successivo comma 4 stabilisce che la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

Il successivo comma 5 stabilisce, poi, che l'inerzia della stazione appaltante costituisce comportamento valutabile, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Ebbene, già dalla lettura testuale delle disposizioni da ultimo richiamate emerge che la mancata risposta da parte dell'amministrazione al c.d. 'preavviso di ricorso' di cui al comma 1 dell'articolo 243-bis non determina *ex se* (e in via sostanzialmente automatica) la condanna alle spese in capo all'amministrazione, ovvero la compensazione delle stesse.

Al contrario, tali circostanze devono soltanto essere valutate in modo adeguato dal giudice, qualificandosi la statuizione di cui al comma 5 dell'articolo 243-bis, cit. quale criterio integrativo della generale previsione di cui all'articolo 91 del c.p.c.

Pertanto, nella materia in questione resta immutato sotto ogni aspetto il generale principio secondo cui le statuizioni del giudice in ordine alla condanna della parte soccombente alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio sono di per sé ampiamente discrezionali nonché espressione di regole di equità e convenienza, dovendosi peraltro in tale sede fare applicazione del criterio, di cui all'art. 91 c.p.c., per il quale l'onere delle spese va valutato tenendo conto (*inter alia*) delle alterne vicende verificatesi nei diversi gradi del giudizio, con riguardo al suo esito

finale ed alla effettiva spendita in essi di attività processuale (in tal senso *-ex plurimis -*: Cons. Stato, V, 28 dicembre 2006, n. 8053).

Pertanto, anche a voler tenere nella massima considerazione ai fini del riparto delle spese di lite il criterio sussidiario di cui al ridetto comma 5 dell'articolo 243-bis del 'Codice dei contratti', il Collegio ritiene che non emerga in atti alcun elemento atto a palesare la complessiva incongruità della statuizione sulle spese adottata dai primi Giudici, poiché:

- i motivi di doglianza di cui si è lamentata la mancata valutazione in sede di 'preavviso di ricorso' si sono rivelati infondati in entrambi i gradi di giudizio;

- a fronte di un affidamento il cui valore stimato era pari a circa 2,65 milioni di euro (IVA esclusa), la condanna alle spese è stata contenuta in appena 500 euro, oltre gli accessori di legge (il che costituisce di per sé indice del fatto che il mancato rispetto della previsione di cui al comma 5 dell'articolo 243-bis, d.lgs. 163 del 2006 è stato adeguatamente valutato ai fini della condanna alle spese).

3. Per le ragioni sin qui esaminate il ricorso in appello deve essere respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1112 del 2011, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del secondo grado di lite, che liquida in complessivi euro 1.000 (mille), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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

