

Da Palazzo Spada conferme in tema di doppia impugnativa: esclusione e aggiudicazione definitiva

di Caterina Del Regno

Data di pubblicazione: 25-7-2013

Consiglio di Stato, Sez. V, 19 luglio 2013, n. 3940

Presidente Torsello; Estensore Gaviano

In tema di procedure di gara, l'interesse finale che un soggetto escluso da una gara pubblica fa valere è quello di assicurarsi il bene della vita cui mira, ovvero l'aggiudicazione, atteso che la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale; di conseguenza l'impugnazione dell'esclusione, ai fini della sua procedibilità, va estesa anche all'aggiudicazione, tutte le volte in cui essa intervenga e sia conosciuta prima della pronunzia sul relativo gravame.

In presenza di un giudicato di annullamento dell'esclusione, il successivo rinnovo degli atti non richiede la riapertura della fase di presentazione delle offerte ma deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara.

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 8891 del 2012, proposto dalla ditta “Servizi Ecologici di Marchese Giosé”, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Ferrara, Giuseppe Lanzo e Roberto Ameruso, con domicilio eletto presso Domenico Mariani in Roma, piazza Mincio 2;

contro

Comune di Bonifati;

nei confronti di

Alto Tirreno Cosentino Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n. 776/2012, resa tra le parti, concernente procedura di affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani - raccolta differenziata – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2013 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per la parte appellante gli avvocati Ferrara e Lanzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione del Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Bonifati (Cosenza) del 14.12.2010 veniva indetta una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani - raccolta differenziata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 81, c. 1, del d.lgs. n. 163/2006.

Alla procedura partecipavano la Alto Tirreno Cosentino s.p.a., Geo Ambiente s.r.l. ed infine la ditta individuale Servizi ecologici di Marchese Giosè.

In apertura di gara quest'ultima concorrente (di seguito, la Servizi ecologici) veniva esclusa per la mancanza delle dichiarazioni prescritte dal punto c) dell'art. 13 del disciplinare.

A seguito delle ulteriori fasi della procedura risultava aggiudicataria, dapprima in via provvisoria e poi in via definitiva, la Alto Tirreno Cosentino s.p.a..

La Servizi ecologici proponeva quindi ricorso dinanzi al T.A.R. per la Calabria avverso la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Alto Tirreno Cosentino s.p.a., domandando congiuntamente anche la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante riammissione alla gara e successiva aggiudicazione, o, in subordine, per equivalente pecuniario.

Il Tribunale adito con ordinanza n. 309/2011 accoglieva l'istanza cautelare spiegata dalla ricorrente, sospendendo l'efficacia di tutti gli atti impugnati.

In forza di tale ordinanza la Commissione riammetteva alla gara la Servizi ecologici, e ne scrutinava l'offerta tecnica unitamente a quella delle concorrenti.

A seguito di tanto la ricorrente veniva però –ancora una volta- esclusa dalla procedura, stavolta per non avere raggiunto, nella valutazione dell'offerta tecnica, la soglia di sbarramento, prevista dall'art. 15, comma 6, del capitolato, corrispondente al punteggio minimo di punti 40,00.

Alla prima udienza successiva, in data 20.10.2011, la ditta ricorrente presentava istanza di rinvio, riservandosi di produrre ricorso per motivi aggiunti. Ed il successivo 28.11.2011, difatti, insorgeva avverso il nuovo provvedimento di esclusione (verbale di gara n. 5 del 14 giugno 2011) e la nuova aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Alto Tirreno Cosentino.

Nel frattempo si erano costituiti in giudizio il Comune di Bonifati e l'aggiudicataria.

All'udienza del 26 gennaio 2012 la Servizi Ecologici rinunciava alla propria nuova domanda di sospensione.

All'udienza del 25 maggio 2012 il Collegio rappresentava alle parti che dai documenti e dalle memorie presentati già a suo tempo dal Comune (sin dal 12 ottobre 2011) emergevano anche gli ulteriori fatti sopravvenuti costituiti dalla revoca dell'aggiudicazione all'Alto Tirreno Cosentino s.p.a., disposta mediante determinazione n. 397 del 15.7.2011 per le reiterate inadempienze della società, e dalla contestuale nuova aggiudicazione della commessa in favore, stavolta, della seconda classificata, la Geo Ambiente s.r.l., con la quale il Comune aveva anche stipulato il susseguente contratto in data 12 settembre 2011.

La ricorrente, dopo avere richiesto in proposito termine per dedurre, con la sua conclusiva memoria del 12 giugno 2012 esprimeva l'avviso che il Collegio non dovesse tener conto della nuova aggiudicazione in favore di Geo Ambiente s.r.l., o comunque, in subordine, potesse integrare anche d'ufficio il contraddittorio nei confronti di tale società.

All'esito il Tribunale adito, con la sentenza n. 776/2012 in epigrafe, dichiarava il ricorso nel suo complesso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto l'aggiudicazione che aveva formato oggetto di gravame era stata ormai eliminata dal mondo giuridico, mentre la nuova, emessa in favore del concorrente secondo classificato, non aveva mai formato oggetto d'impugnativa. Il T.A.R. rilevava peraltro anche l'infondatezza del ricorso, giudicando immune dai vizi dedotti la rinnovata valutazione delle offerte tecniche delle

concorrenti da parte della Commissione.

Seguiva l'appello alla Sezione della Servizi ecologici avverso tale pronuncia.

La declaratoria di improcedibilità del ricorso di prime cure veniva censurata dall'appellante sotto i seguenti profili :

- le sopravvenienze che avevano determinato tale esito processuale erano state desunte, da parte del T.A.R., da documentazione prodotta in giudizio dal Comune solo tardivamente, ad appena sette giorni dall'udienza di discussione, in violazione dell'art. 73 C.P.A.: e come conseguenza di tale tardività, da essa ricorrente reiteratamente eccepita (alla prima udienza utile, ma anche in occasione dei successivi motivi aggiunti e memorie d'udienza) chiedendo lo stralcio della produzione tardiva, quest'ultima sarebbe stata inutilizzabile;

- le critiche di legittimità che erano state dedotte dalla ricorrente a base dell'impugnativa erano tali da inficiare l'intero procedimento di gara imponendone il rinnovo integrale, a partire dalla fase di presentazione delle offerte: esse sarebbero state quindi atte a travolgere ogni atto fino ad allora compiuto, ivi inclusi anche la revoca dell'aggiudicazione all'Alto Tirreno Cosentino s.p.a. ed il conclusivo affidamento della commessa alla seconda graduata.

L'appellante soggiungeva che le proprie doglianze, oltre che scrutinabili in rito, erano anche fondate nel merito, e sottoponeva a critica anche da questa angolazione le considerazioni svolte dal primo Giudice.

Nessuna delle parti appellate si costituiva in giudizio.

Alla pubblica udienza del 25 giugno 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

1 Introduttivamente è opportuno ricordare che durante il giudizio di primo grado il Comune di Bonifati, con la propria memoria e produzione documentale del 12 ottobre 2011, aveva reso nota non solo la nuova esclusione della ricorrente dalla gara (per non avere raggiunto, nella valutazione dell'offerta tecnica, la soglia minima prescritta di punti 40,00), con la rinnovata aggiudicazione dell'appalto alla Alto Tirreno Cosentino s.p.a., ma altresì la revoca, successivamente intervenuta, della stessa aggiudicazione, con la determinazione n. 397 del 15.7.2011, per le reiterate inadempienze di tale società, e la contestuale nuova aggiudicazione della commessa alla seconda classificata Geo Ambiente s.r.l., con la quale il Comune aveva anche stipulato il conseguente contratto.

A fronte di tanto, nondimeno, la ricorrente, con i motivi aggiunti del 28 novembre 2011, ha gravato, unitamente alla propria nuova esclusione, la sola confermata aggiudicazione alla Alto Tirreno Cosentino s.p.a., e non il nuovo affidamento (parimenti documentato dal Comune) in favore della Geo Ambiente s.r.l. che era intervenuto il precedente 15 luglio.

2 Ciò premesso, è agevole osservare che la cennata produzione documentale comunale del

12 ottobre 2011, benché originariamente tardiva rispetto alla data di udienza del successivo 20 ottobre, è diventata poi utilizzabile a seguito del disposto rinvio della causa ad altra udienza.

Invero, la causa è stata trattenuta in decisione dal Giudice di prime cure, a seguito di tre successivi rinvii dell'udienza, soltanto il 22 giugno 2012. E questa Sezione ha già avuto modo di chiarire che nel processo amministrativo *“ la violazione dei termini perentori sanciti dall'art. 73, co.1, c.p.a. deve essere verificata in relazione all'udienza in cui effettivamente l'affare viene trattenuto in decisione, sicché il differimento dell'udienza impone di computare i termini a ritroso sanciti dal menzionato art. 73 in relazione alla nuova data (cfr. in termini Cons. St., sez. V, 12 giugno 2012, n. 3439)”* (Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6261).

Il Tribunale ha quindi rettamente considerato utilizzabile la suddetta produzione.

3 Altrettanto esattamente il T.A.R. ha concluso per l'improcedibilità del gravame della Servizi ecologici, stante la mancata impugnazione da parte sua del provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto.

E' stato rammentato anche di recente (Sez. V, n. 2626 del 15 maggio 2013) che, *“Come la giurisprudenza ha già abbondantemente chiarito, l'interesse finale che un soggetto escluso da una gara pubblica fa valere è quello di assicurarsi il bene della vita cui mira, ossia l'aggiudicazione, atteso che la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale. Data la relazione intercorrente fra esclusione ed aggiudicazione, di conseguenza, anche quest'ultima deve essere necessariamente impugnata (eventualmente insieme alla prima), poiché il difetto d'impugnazione dell'aggiudicazione avrebbe come conseguenza l'inutilità di un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione. Tale decisione, invero, non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione (che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante, e non caducante : cfr. C.d.S., V, 14 dicembre 2011, n. 6539), e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nel flusso della procedura, ormai esaurita ed inoppugnabile (C.d.S., III, 16 marzo 2012, n. 1091; V, 14 dicembre 2011, n. 6544; 17 maggio 2012, n. 2826).*

Il ricorso avverso l'esclusione da una gara diventa pertanto improcedibile tutte le volte in cui l'aggiudicazione intervenga, e sia conosciuta, prima della pronunzia sul relativo gravame, senza che l'impugnazione sia stata estesa anche al nuovo atto (C.d.S., V, 14 dicembre 2011, n. 6539; 11 luglio 2008, n. 3433; 18 febbraio 2009, n. 950).”

4 La decisione oggetto di appello si manifesta, infine, condivisibile anche nella parte in cui il T.A.R. ha fatto comunque notare, aggiuntivamente, l'infondatezza delle doglianze svolte dalla ricorrente avverso la valutazione data alla sua offerta tecnica. Il che comporta l'infondatezza, di riflesso, anche della sua pretesa risarcitoria.

4a La critica di fondo mossa dall'appellante allo scrutinio condotto dalla Commissione sulle offerte in gara riguarda il carattere solo parziale della rinnovazione che ha interessato il relativo procedimento.

La Servizi ecologici lamenta che la Commissione abbia riconsiderato le offerte tecniche delle

concorrenti senza rinnovare la gara ab imis.

Viene dedotto che la conoscenza pregressa delle offerte economiche presentate da Alto Tirreno Cosentino spa e Geo Ambiente s.r.l. avrebbe minato il principio di trasparenza, correttezza ed imparzialità della P.A.; e si aggiunge che anche la sola possibilità di una conoscenza anticipata dell'offerta economica sarebbe stata già sufficiente ad inficiare l'intera procedura.

Viene fatto inoltre notare che la Commissione, lungi dall'aver operato una nuova scelta sulla base di criteri immutati, ha seguito un metodo di (ri)valutazione diverso, applicando, in luogo del "confronto diretto" dapprima utilizzato tra i due concorrenti in un primo tempo ammessi, il nuovo sistema del "confronto a coppie mediante matrici triangolari", del quale aveva stabilito con ampia discrezionalità i parametri.

Si afferma, infine, che la tecnica del rinnovo solo parziale della procedura, ancorché convalidata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012, incontrerebbe un limite allorché, appunto, la precedente conoscenza delle offerte possa condizionare gli apprezzamenti della Commissione.

4b La Sezione è tuttavia dell'avviso che i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia testé citata escludano la fondatezza di queste doglianze.

La fattispecie concreta, infatti, pur presentando talune note di peculiarità rispetto all'ordine di ipotesi cui l'Adunanza ha avuto precipuo riguardo, soggiace in ogni caso alla *ratio* dell'impostazione espressa dalla predetta decisione.

Anche ai fini della presente causa occorre muovere dal canone per cui, nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici, l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugni la propria esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara. Pertanto, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza di un giudicato di annullamento dell'esclusione stessa (oppure, come nella specie, di una sua sospensiva), il successivo rinnovo degli atti non richiede la riapertura della fase di presentazione delle offerte, ma deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura.

L'Adunanza ha osservato, invero, come *"non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre coevamente presentate."* Ed essa ha escluso che la soluzione opposta, quella del rifacimento integrale della gara, possa reputarsi imposta dal *"merorischio della lesione di altri interessi vuoi pubblici vuoi di terzi"* (in particolare, da quello di un'alterazione della *par condicio* dei contendenti), legato alla circostanza che le offerte delle concorrenti ammesse *ab origine* siano già note.

È stato difatti osservato che l'attività valutativa già spiegata dalla Commissione fornisce pur sempre una trama di riferimenti che "*consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma della stazione appaltante*", e che rendono, in caso di impugnazione, particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della *par condicio* del soggetto precedentemente escluso.

4c Tale essendo l'impostazione che anche nella specie si impone, essa comporta che il concorrente, una prima volta escluso, che in un secondo momento contesti il tenore sfavorevole della valutazione di merito della Commissione, non possa limitarsi a sollevare un'istanza del tutto astratta di difesa del valore della *par condicio*, ma abbia l'onere di riempire di specifici contenuti almeno indiziari le proprie prospettazioni, in particolare attingendo alle valutazioni amministrative pregresse.

Come, però, alla Servizi ecologici è stato già opposto in prime cure, le sue prospettazioni non poggiano su alcuna verifica circa il prodursi di un'effettiva violazione dell'obbligo di imparzialità e parità di trattamento. Essa non allega, in altre parole, alcuna concreta incidenza negativa sulla *par condicio*, né contesta puntualmente di essere stata vittima di un'erronea attribuzione di punteggio.

Donde la carenza di pregio delle sue solo astratte doglianze.

Né giova all'appellante lamentare che, mentre la pregressa valutazione della Commissione (che riguardava due soli concorrenti) era stata strutturata come "confronto diretto", la sua valutazione novella sia avvenuta secondo il diverso sistema del "confronto a coppie mediante matrici triangolari", posto che proprio questo secondo era il metodo prescritto dalla *lex specialis*, al quale alla Commissione non era perciò consentito sottrarsi.

5 Per le ragioni illustrate l'appello deve essere integralmente respinto.

La mancata costituzione in giudizio delle parti appellate esime la Sezione dal dettare disposizioni sul carico delle spese processuali del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Nulla per le spese .

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 25 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La decisione in rassegna affronta sostanzialmente due differenti questioni, una attinente a profili processuali e un'altra di ordine sostanziale. In riferimento alla prima, il Supremo Consesso ribadisce il principio per cui deve considerarsi improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso avverso il provvedimento di esclusione se l'aggiudicazione non ha mai formato oggetto di successiva impugnativa.

Di ordine sostanziale è, invece, la questione – già affrontata in numerose precedenti occasioni e, in ultimo risolta dall'Adunanza Plenaria n. 30 del 2012 - relativa alla valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso di specie, nell'ambito di una procedura per l'affidamento di servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani, la società ricorrente impugnava la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore di un'altra impresa.

In forza dell'accoglimento dell'istanza cautelare volta a sospendere tutti gli atti impugnati, la commissione riammetteva la società ricorrente alla gara e procedeva allo scrutinio dell'offerta tecnica unitamente a quella delle concorrenti.

Senonché, a seguito della rivalutazione delle offerte, la ricorrente veniva nuovamente esclusa. Pertanto, alla prima udienza successiva, la ditta ricorrente tornava a lamentare l'illegittimità della sua esclusione dalla gara.

Nelle more del procedimento sopravvenivano ulteriori fatti, costituiti dalla revoca dell'aggiudicazione e dalla contestuale nuova assegnazione della commessa in favore della seconda classificata.

Alla luce di tali premesse, il Consiglio di Stato, nel condividere le statuizioni dei primi Giudici, rigetta il ricorso, preso atto: **(i)** dell'improcedibilità dello stesso per sopravvenuta carenza d'interesse, in quanto l'aggiudicazione che aveva formato oggetto di gravame era stata oramai eliminata dal mondo giuridico, mentre la nuova non aveva mai formato oggetto di impugnativa; **(ii)** dell'infondatezza del ricorso, ritenendo immune da vizi dedotti la rinnovata valutazione delle offerte, operata dalla Commissione.

Con tale pronuncia il Collegio ha confermato quanto fin qui sostenuto dalla maggioritaria giurisprudenza amministrativa.

In ordine alla prima questione, è stato, infatti, rammentato anche di recente (Cons. St., Sez. V, n. 2626/2013) che, *“come la giurisprudenza ha già abbondantemente chiarito, l'interesse finale che un soggetto escluso da una gara pubblica fa valere è quello di assicurarsi il bene della vita cui mira, ossia l'aggiudicazione, atteso che la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale. Data la relazione intercorrente fra esclusione ed aggiudicazione, di conseguenza, anche quest'ultima deve essere necessariamente impugnata (eventualmente insieme alla prima), poiché il difetto d'impugnazione dell'aggiudicazione avrebbe come conseguenza l'inutilità di un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione. Tale decisione, invero, non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione (che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante, e non caducante : cfr. C.d.S., V, 14 dicembre 2011, n. 6539), e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nel flusso della procedura, ormai esaurita ed inoppugnabile (C.d.S., III, 16 marzo 2012, n. 1091; V, 14 dicembre 2011, n. 6544; 17 maggio 2012, n. 2826). Il ricorso avverso l'esclusione da una gara diventa pertanto improcedibile tutte le volte in cui l'aggiudicazione intervenga, e sia conosciuta, prima della pronuncia sul relativo gravame, senza che l'impugnazione sia stata estesa anche al nuovo atto (C.d.S., V, 14 dicembre 2011, n. 6539; 11 luglio 2008, n. 3433; 18 febbraio 2009, n. 950)”*.

Appare, quindi, granitico il principio per cui l'immediata impugnazione dell'esclusione non esime il ricorrente dall'onere di impugnare anche la successiva aggiudicazione definitiva; ciò risulta confermato dal tenore **dell'art. 79, comma 5, lett. a), del Codice dei contratti pubblici**, che proprio a tal fine impone l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque non oltre cinque giorni dopo, *“all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare delle impugnazioni”*.

In ordine alla seconda questione relativa alla rivalutazione degli atti di gara, in seguito alla

sospensiva dell'esclusione della ricorrente, i **Giudici escludono il rinnovo integrale della gara**, stante la possibilità di assicurare il massimo grado di obiettività ed omogeneità delle determinazioni della Commissione, nel rigoroso rispetto della *par condicio* dei partecipanti, con il **rinnovo solo parziale della procedura**.

La Quinta Sezione poggia la propria convinzione sui principi enunciati in materia dalla giurisprudenza consolidata, convalidati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012, alla stregua della quale il **successivo rinnovo degli atti non richiede la riapertura della fase di presentazione delle offerte, ma deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa**, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura.

Invero, l'Adunanza ha osservato come *“non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con altre coevamente presentate”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in commento merita di essere segnalata sia per la concisa, quanto efficace, ricostruzione dei principi operanti in materia di affidamento di appalti, sia perché, pur essendo essa priva di spunti innovativi, offre l'occasione per fare qualche riflessione sull'onere di impugnazione della sopravvenuta aggiudicazione definitiva, qualora sia stato già impugnato un atto endoprocedimentale, quale il provvedimento di esclusione dalla gara.

Come già anticipato, la **giurisprudenza maggioritaria** è concorde nel ritenere che l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva sia condizione di procedibilità dell'impugnativa dell'esclusione.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui si è riferito, la necessità di procedere all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, a seguito dell'impugnazione dell'esclusione, deve ravvisarsi nella diversa intensità che contraddistingue il nesso di presupposizione intercorrente tra i differenti atti endoprocedimentali impugnati.

Invero, tra provvedimento di esclusione e successiva aggiudicazione non esiste un rapporto di presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria, pertanto, un eventuale annullamento giurisdizionale dell'esclusione non comporta il travolgimento automatico dell'aggiudicazione; da qui la necessità di impugnare anche l'atto conclusivo del procedimento.

In altri termini, in caso di impugnazione del provvedimento di esclusione, occorre, al momento

dell'approvazione della graduatoria finale, impugnare autonomamente quest'ultima "visto che il rapporto di presupposizione tra atto di esclusione ed approvazione della graduatoria si pone in termini di invalidità viziante e non caducante" (Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 4390/2009).

La giurisprudenza sin qui esposta è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale.

Da segnalare, infatti, che negli anni non sono mancati **orientamenti giurisprudenziali di segno contrario**, secondo cui, a seguito dell'annullamento del provvedimento di esclusione, sorge l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare le operazioni di gara riammettendo alla procedura l'impresa illegittimamente esclusa. Tale pronuncia giurisdizionale non può che avere effetto caducante, e non soltanto viziante, nei confronti di tutti gli atti successivi della sequenza procedimentale, compresa l'aggiudicazione definitiva (Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, n. 1922/2008; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6004; Cons. St., Sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43).

In direzione analoga si muove parte della dottrina che è dell'opinione per cui tra i due atti procedimentali non può essere esclusa in radice l'esistenza di un rapporto di consequenzialità immediata e diretta; basti pensare all'ipotesi in cui in una gara vengano presentate due sole offerte, se una delle due viene esclusa, l'aggiudicazione è la conseguenza necessitata ed automatica di tale esclusione. Pertanto, l'annullamento del provvedimento di esclusione comporterà il travolgimento anche del provvedimento conclusivo, indipendentemente dalla relativa impugnazione.

L'esistenza di differenti orientamenti giurisprudenziali è giustificata dalle contrapposte esigenze che negli anni hanno portato i Giudici a prediligere l'una o l'altra soluzione: infatti, mentre il primo orientamento mira ad assicurare la certezza del diritto; il secondo filone giurisprudenziale intende, invece, garantire l'effettività della tutela.

Traspare, dunque, che la più recente e maggioritaria giurisprudenza, sia ancorata a consolidati principi processuali, quali quello della domanda e della tipicità delle decisioni del Giudice Amministrativo, diretti a soddisfare l'esigenza di certezza del diritto.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Saitta, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale e non sempre coerente*, in *Foro Amministrativo*, fasc. 12, 2012; F. Caringella e L. Tarantino, *Codice Amministrativo commentato con la giurisprudenza*, Ed. Dike, Roma, 2012; A. Carella, *L'Adunanza Plenaria sull'errore di fatto revocatorio e sul confronto a coppie nelle gare d'appalto*, in questa Rivista; A. Cerreto, *Osservazioni sull'atto impugnabile davanti al Giudice amministrativo, con richiamo delle decisioni più antiche*, in www.giustizia-amministrativa.it, febbraio 2010.

