

Appalti pubblici tra aggiudicazione definitiva e contratto: profili di giurisdizione

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 30-7-2016

Le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

1) Conf. Cass. Civ., SS.UU., sentenza 23 luglio 2013, n. 17858 e Cons. Stato, sez. V, sentenza 23 febbraio 2015, n. 844.

Guida alla lettura

La sentenza in esame si sofferma sulla distinzione temporale e sostanziale tra la fase dell'**aggiudicazione** e quella della **stipula del contratto**.

Com'è noto, infatti, l'art. 11, comma 7, D.lgs. n. 163 del 2006 sancisce che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

Il legislatore, pertanto, ha inteso separare con chiarezza ed in modo netto – nell'ambito del complessivo procedimento di affidamento dell'appalto, che ha origine con la determina a contrarre – la fase della scelta del contraente dalla fase di stipulazione del contratto, solo con la quale sorge la pariteticità delle posizioni pubblica e privata.

Con l'aggiudicazione definitiva, in altri termini, **non può dirsi sorto alcun vincolo negoziale** tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

La qualificazione soggettiva di cui è titolare l'aggiudicatario è decisiva ai fini dell'individuazione degli strumenti utilizzabili per la tutela dei propri interessi, atteso che, se si qualifica la posizione in termini di **diritto soggettivo**, il privato potrebbe esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, mentre, se si qualifica la posizione in termini di **interesse legittimo**, l'impresa può, esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante.

L'opzione interpretativa più convincente sembra essere quest'ultima.

Una volta esclusa dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, la quale sorge solo per effetto della stipulazione, **l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo** ampliativo della sfera soggettiva del destinatario che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria.

In tale direzione, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 2011, n. 391, hanno rappresentato che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e "nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto", tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che in tema di appalti pubblici, qualora alla deliberazione di aggiudicazione dell'appalto non segua la stipula del contratto tra le parti ma intervenga la decadenza della stessa aggiudicazione, la controversia introdotta dall'aggiudicatario decaduto appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi la fattispecie svolta ed esaurita tra l'originaria aggiudicazione e la stipula del contratto, mai avvenuta.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, invero, la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto spetta alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**, mentre relativamente a ciò che accade nella fase di esecuzione del rapporto la **giurisdizione è attribuita al giudice ordinario**.

In altre parole, in materia di appalti pubblici, mentre sono riservate al Giudice Amministrativo le controversie sulle procedure di affidamento dei lavori, servizi e forniture e relativa alla scelta dalla P.A. dell'altro contraente -per essere le stesse caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi della stessa amministrazione, con conseguente rilievo di interessi legittimi sui quali di regola ha cognizione il solo giudice amministrativo- non derogano alla regola generale della giurisdizione del Giudice Ordinario come giudice dei soli diritti, le controversie relative alla esecuzione dei contratti stipulati, all'esito e per effetto delle dette procedure di natura pubblica, mancando in dette cause interessi legittimi che possano essere lesi da provvedimenti della

P.A. In tali controversie, da quelle sulla validità del contratto a quelle relative alla risoluzione ovvero alla prosecuzione del rapporto o agli inadempimenti delle parti dei contratti ad evidenza pubblica, la stessa P.A. è titolare di diritti (anche potestativi) sui quali l'A.G.O. soltanto può decidere e non assumono rilievo alcuni atti unilaterali, anche se assunti in forma di delibera come espressione di autorità amministrativa, che non incidono però su interessi legittimi dell'altra parte dell'atto.

Nel caso in esame, dunque, poiché la prescrizione contestata, relativa al possesso degli autobus è funzionale a conferire efficacia all'aggiudicazione definitiva, la relativa controversia appartiene senz'altro alla giurisdizione del giudice amministrativo e non riguarda, quindi, una vicenda attinente all'esecuzione del contratto.

Ricordiamo, inoltre, che la disciplina dell'art. 11 D.Lgs. 163/2006, oggi abrogata dal nuovo Codice Appalti, la ritroviamo nell'**art. 32 del D.Lgs. 50/2016**.

Il comma 6 dell'articolo 32 del riferito decreto, come in passato, precisa che **l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta** e questa rimane irrevocabile per il tempo entro cui deve essere stipulato il contratto (60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero nell'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario).

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 2467 del 2016, proposto da:

Alibus International Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Manzi C.F. MNZNDR64T26I804V e Mattia Matarazzo C.F. MTRMTT72R04G888W, con domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Euro Tours Snc di Dino Bordignon e C, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi Florian C.F. FLRGLG74L13D704G, con domicilio eletto presso l'avvocato Elisabetta Nardone in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

nei confronti di

Comune di Fiume Veneto, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 00046/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per il triennio 2015-2018 – MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euro Tours Snc di Dino Bordignon e C;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Mattia Matarazzo e Gianluigi Florian;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, con la sentenza 16 febbraio 2016, n. 46, ha accolto, ai sensi di cui alla motivazione, il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Euro Tours S.n.c. di Bordignon Dino & C. per l'annullamento dell'aggiudicazione alla ditta appellante Alibus International S.r.l. di Pordenone.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- Il comune aveva assegnato il termine del 30 novembre 2015, alle ore 9:00 per la dimostrazione della disponibilità dei mezzi e degli altri requisiti;
- Tale termine era da intendersi come perentorio, atteso che il Comune lo aveva qualificato come non derogabile;
- Risulta dagli atti di causa come tale termine non sia stato affatto rispettato, a nulla rilevando con quanto ritardo fosse stata proposta la documentazione;
- La conseguenza, secondo la legge di gara, non poteva altro che essere la mancata sottoscrizione del contratto con l'affidatario provvisorio e l'affidamento del servizio ad altro

operatore;

- Tra gli obblighi dell'aggiudicataria era compresa la disponibilità, alla data indicata, degli autobus, ciò a dire la proprietà, o l'usufrutto oppure la locazione con facoltà di acquisto; nel caso di specie, la ditta aggiudicataria ha solo dimostrato la mera locazione senza facoltà di acquisto;
- La ditta aggiudicataria ha comunque utilizzato un subappalto espressamente vietato nel caso in esame, in quanto non previamente autorizzato;
- Ogni altra considerazione contenuta nel ricorso riguarda le scelte discrezionali della stazione appaltante adottate con valutazioni non sindacabili in questa sede ovvero riguarda illazioni non ammissibili;
- La richiesta di risarcimento del danno in forma specifica deve essere rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, la quale dovrà valutare se sussistano i presupposti e l'interesse pubblico all'aggiudicazione a favore dell'odierna ricorrente ovvero se risulta più opportuno, sempre per il pubblico interesse, procedere ad una nuova gara;
- In tale ultimo caso la ricorrente potrà richiedere il risarcimento per equivalente con apposito successivo ricorso.

L'appellante Alibus International S.r.l. di Pordenone contestava la sentenza del TAR, ritenendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- Violazione dell'art. 35 c.p.a. per omessa dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso di primo grado; violazione e/o falsa interpretazione della lex specialis di gara; violazione di legge; infondatezza della censura nel merito; illogicità manifesta; erronea commistione fra le fasi di gara;
- Violazione dell'art. 35 c.p.a. per omessa dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso di primo grado; violazione dei principi comunitari di massima partecipazione concorrenziale; violazione di legge; infondatezza della censura nel merito; illogicità manifesta ed erronea commistione fra le fasi di gara;
- Violazione dell'art. 35 c.p.a. per omessa dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso di I grado. Violazione e/o falsa interpretazione dell'art. 21, L. n. 646-1982; violazione di legge;
- Violazione dell'art. 35 c.p.a. per omessa dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso di primo grado; violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a.; violazione di legge.

Con l'appello in esame si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata Euro Tours S.n.c. di Bordignon Dino & C. chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 14 luglio 2016 la causa veniva trattenuta in decisione. 1. Il Collegio rileva in punto di fatto l'oggetto del giudizio riguarda il procedimento d'appalto, indetto con determina 23 giugno 2015, n. 257 dal Responsabile del Servizio Area Affari Generali del Comune di Fiume Veneto (PN), per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per le scuole materne, primarie e secondaria di primo grado del Comune per il triennio 2015-2016, 2016-2017 e 2017-1018, affidamento che veniva disposto nei confronti dell'attuale appellante Alibus International S.r.l. di Pordenone.

2. Passando all'esame dei motivi di appello, si deve evidenziare in primo luogo che l'art. 5, comma 1, del Capitolato Speciale di gara richiedeva, quale dotazione minima per lo svolgimento del servizio, l'utilizzo di 4 scuolabus, oltre ad uno di scorta, tutti con anzianità massima di immatricolazione non superiore ad otto anni e con capienza di almeno 50 posti a sedere oltre a conducente ed accompagnatore.

In base al successivo art. 5, comma 5, del Capitolato Speciale le carte di circolazione e le polizze assicurative dei veicoli indicati in gara e, dunque, la prova del loro possesso, dovevano essere presentate dall'aggiudicatario al Comune entro e non oltre l'inizio dell'anno scolastico, dunque, prima dell'inizio dell'esecuzione del servizio.

L'attuale appellante, nel luglio 2015, formulava un'espressa istanza di chiarimento alla stazione appaltante per verificare se fosse stato possibile postergare di qualche mese l'entrata in servizio dei mezzi dichiarati in gara.

A tale quesito, la stazione appaltante, in data 17 luglio 2015, rispondeva negativamente, concedendo ai concorrenti unicamente una dilazione del termine di dimostrazione della effettiva disponibilità dei mezzi dichiarati in gara non oltre il 30 settembre 2015, per il solo caso in cui si fosse trattato di acquisto di mezzi di nuova immatricolazione (doc. n. 17, ricorso di primo grado).

L'appellante Alibus International ha autocertificato la disponibilità di 5 nuovi mezzi, EURO 6, circostanza per cui le veniva attribuito il massimo punteggio in sede di valutazione dell'offerta tecnica e, con successiva determinazione del Responsabile del Servizio Area Affari Generali del Comune 8 settembre 2015, n. 388 l'Ente locale procedeva all'aggiudicazione definitiva in favore di Alibus International S.r.l.

In sede di successivi controlli sul possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara, l'aggiudicataria Alibus International S.r.l. non dimostrava né al concreto inizio dell'anno scolastico, né al 30 settembre successivo, di avere il possesso dei mezzi dichiarati nella propria offerta tecnica, tanto che l'odierna appellante aveva iniziato l'esecuzione d'urgenza del servizio avvalendosi di un subappalto non autorizzato.

3. Così esattamente ricostruito l'ambito fattuale, risulta evidente l'infondatezza del primo motivo d'appello, posto che, sotto un primo profilo, si deve ritenere che le prescrizioni invocate a sostegno dell'illegittima aggiudicazione sono ben lungi dal collocarsi nella fase esecutiva del contratto d'appalto, ma costituiscono prescrizioni di carattere tecnico (possesso degli automezzi entro la data di inizio del servizio) che condizionano la stessa ammissibilità

dell'offerta e sono funzionali a garantire il sicuro e sereno svolgimento di un servizio pubblico di rilevante interesse sociale.

Oggetto di ricorso sono, dunque, atti della stazione appaltante inequivocabilmente assunti nel corso della fase di scelta del contraente ed alla stessa attinenti.

Tale rilievo è la premessa per respingere l'ulteriore motivo d'appello connesso alla contestata legittimazione del soggetto secondo classificato in gara (odierno appellato Euro Tours) ad adire il Giudice Amministrativo in relazione ad atti e condotte serbate dalla S.A. nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto.

Posto che tale legittimazione sussiste, in quanto tali atti siano suscettibili, come nella specie, di incidere negativamente su di un legittimo interesse dello stesso, quale quello del subentro nella aggiudicazione dell'appalto o nella effettuazione di una nuova procedura, si deve ribadire che la prescrizione contestata riguarda, nella sostanza, il possesso di un requisito tecnico di partecipazione (entro una certa data, come sopra indicata) che, all'esito dei controlli, si è rilevato carente e riguarda, dunque, la partecipazione alla gara d'appalto (e non certo la sua esecuzione), rispetto alla quale il secondo classificato è certamente legittimato ad interporre ricorso.

A nulla rileva, infine, la previsione di cui al par. 14 del Capitolato speciale d'appalto che non autorizza affatto la stazione appaltante a stipulare in assenza dei presupposti di legge e di *lex specialis*, ma regola il caso, nella specie inconferente, in cui il mancato rispetto di quanto offerto in sede di gara si verifichi e/o venga rilevato solo a contratto già stipulato.

4. Sotto altro profilo, deve evidenziarsi che, comunque, le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, come accade nella specie, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta all'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

Infatti, una volta esclusa dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163-2006, *ratione temporis* applicabile (ma lo stesso deve ritenersi valere sotto l'attuale vigenza del d.lgs. n. 50-2016), l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, la quale sorge solo per effetto della stipulazione, l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria.

In tale direzione, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio

2011, n. 391, hanno rappresentato che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e "nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto", tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169-2007 e confermato nelle successive decisioni n. 10443-2008, n. 19805-2008 e n. 20596-2008; cfr., anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2014, n. 1781).

Nel caso in esame, dunque, poiché la prescrizione contestata, relativa al possesso degli autobus è funzionale a conferire efficacia all'aggiudicazione definitiva, la relativa controversia appartiene senz'altro alla giurisdizione di questo giudice e non riguarda, quindi, una vicenda attinente all'esecuzione del contratto.

5. E' evidente, inoltre, che il mancato rispetto di un termine per la dimostrazione del requisito in oggetto, termine chiaramente perentorio ed inderogabile, e peraltro oggetto di proroghe di dubbia legittimità, atteso che riguarda la dimostrazione di un requisito di partecipazione che è stato fissato univocamente per tutti i concorrenti, eventuali aggiudicatari, produce l'inammissibilità di ogni documento che sia stato presentato posteriormente, anche se di pochi minuti, a tutela della trasparenza e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, altrimenti compromessa da deroghe ad personam, che sarebbero difficilmente intellegibili e giustificabili.

6. Tali rilievi rendono irrilevante la questione del subappalto non autorizzato e della conseguente ipotizzata necessità di revocare comunque l'appalto per grave inadempimento, atteso che tale censura rimane all'evidenza assorbita da quanto sopra argomentato, così come rimane assorbita la domanda di accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della stazione appaltante ex art. 31, comma 3, c.p.a., non esaminata dal TAR e riproposta in appello dalla parte appellata.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto l'oggetto del giudizio riguarda il procedimento d'appalto, indetto con determina 23 giugno 2015, n. 257 dal Responsabile del Servizio Area Affari Generali del Comune di Fiume Veneto (PN), per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per le scuole materne, primarie e secondaria di primo grado del Comune per il triennio 2015-2016, 2016-2017 e 2017-2018, affidamento che veniva disposto nei confronti dell'attuale appellante Alibus International S.r.l. di Pordenone.

2. Passando all'esame dei motivi di appello, si deve evidenziare in primo luogo che l'art. 5, comma 1, del Capitolato Speciale di gara richiedeva, quale dotazione minima per lo svolgimento del servizio, l'utilizzo di 4 scuolabus, oltre ad uno di scorta, tutti con anzianità

massima di immatricolazione non superiore ad otto anni e con capienza di almeno 50 posti a sedere oltre a conducente ed accompagnatore.

In base al successivo art. 5, comma 5, del Capitolato Speciale le carte di circolazione e le polizze assicurative dei veicoli indicati in gara e, dunque, la prova del loro possesso, dovevano essere presentate dall'aggiudicatario al Comune entro e non oltre l'inizio dell'anno scolastico, dunque, prima dell'inizio dell'esecuzione del servizio.

L'attuale appellante, nel luglio 2015, formulava un'espressa istanza di chiarimento alla stazione appaltante per verificare se fosse stato possibile postergare di qualche mese l'entrata in servizio dei mezzi dichiarati in gara.

A tale quesito, la stazione appaltante, in data 17 luglio 2015, rispondeva negativamente, concedendo ai concorrenti unicamente una dilazione del termine di dimostrazione della effettiva disponibilità dei mezzi dichiarati in gara non oltre il 30 settembre 2015, per il solo caso in cui si fosse trattato di acquisto di mezzi di nuova immatricolazione (doc. n. 17, ricorso di primo grado).

L'appellante Alibus International ha autocertificato la disponibilità di 5 nuovi mezzi, EURO 6, circostanza per cui le veniva attribuito il massimo punteggio in sede di valutazione dell'offerta tecnica e, con successiva determinazione del Responsabile del Servizio Area Affari Generali del Comune 8 settembre 2015, n. 388 l'Ente locale procedeva all'aggiudicazione definitiva in favore di Alibus International S.r.l.

In sede di successivi controlli sul possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara, l'aggiudicataria Alibus International S.r.l. non dimostrava né al concreto inizio dell'anno scolastico, né al 30 settembre successivo, di avere il possesso dei mezzi dichiarati nella propria offerta tecnica, tanto che l'odierna appellante aveva iniziato l'esecuzione d'urgenza del servizio avvalendosi di un subappalto non autorizzato.

3. Così esattamente ricostruito l'ambito fattuale, risulta evidente l'infondatezza del primo motivo d'appello, posto che le prescrizioni invocate a sostegno dell'illegittima aggiudicazione sono ben lungi dal collocarsi nella fase esecutiva del contratto d'appalto, ma costituiscono prescrizioni di carattere tecnico (possesso degli automezzi entro la data di inizio del servizio) che condizionano la stessa ammissibilità dell'offerta e sono funzionali a garantire il sicuro e sereno svolgimento di un servizio pubblico di rilevante interesse sociale.

Oggetto di ricorso sono, dunque, atti della stazione appaltante inequivocabilmente assunti nel corso della fase di scelta del contraente ed alla stessa attinenti.

Tale rilievo è la premessa per respingere l'ulteriore motivo d'appello connesso alla contestata legittimazione del soggetto secondo classificato in gara (odierno appellato Euro Tours) ad adire il Giudice Amministrativo in relazione ad atti e condotte serbati dalla S.A. nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto.

Posto che tale legittimazione sussiste, in quanto tali atti siano suscettibili, come nella specie, di

incidere negativamente su di un legittimo interesse dello stesso, quale quello del subentro nella aggiudicazione dell'appalto o nella effettuazione di una nuova procedura, si deve ribadire che la prescrizione contestata riguarda, nella sostanza, il possesso di un requisito tecnico di partecipazione (entro una certa data, come sopra indicata) che, all'esito dei controlli, si è rilevato carente e riguarda, dunque, la partecipazione alla gara d'appalto (e non certo la sua esecuzione), rispetto alla quale il secondo classificato è certamente legittimato ad interporre ricorso.

A nulla rileva, infine, la previsione di cui al par. 14 del Capitolato speciale d'appalto che non autorizza affatto la stazione appaltante a stipulare in assenza dei presupposti di legge e di lex specialis, ma regola il caso, nella specie inconferente, in cui il mancato rispetto di quanto offerto in sede di gara si verifici e/o venga rilevato solo a contratto già stipulato.

4. E' evidente, inoltre, che il mancato rispetto di un termine, chiaramente perentorio ed inderogabile, come nella specie, e peraltro oggetto di proroghe di dubbia legittimità, atteso che riguarda la dimostrazione di un requisito di partecipazione che è stato fissato univocamente per tutti i concorrenti, eventuali aggiudicatari, produce l'inammissibilità di ogni documento che sia stato presentato posteriormente, anche se di pochi minuti, a tutela della trasparenza e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, altrimenti compromessa da deroghe ad personam, difficilmente comprensibili.

5. Tali rilievi rendono irrilevante la questione del subappalto non autorizzato e della conseguente ipotizzata necessità di revocare comunque l'appalto per grave inadempimento, atteso che tale censura rimane all'evidenza assorbita da quanto sopra argomentato, così come rimane assorbita la domanda di accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della stazione appaltante ex art. 31, comma 3, c.p.a., non esaminata dal TAR e riproposta in appello dalla parte appellata.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado 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 principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 6.000,00, oltre accessori di legge, in favore del Comune appellato.

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

