

Effetti (sostanziali e processuali) della mancata aggiudicazione sul contratto di avvalimento

di Massimiliano Viola

Data di pubblicazione: 20-7-2017

Nell'ambito dell'avvalimento, il contratto di messa a disposizione degli strumenti dell'impresa ausiliaria, necessario per accedere all'istituto ex articolo 49 D.Lgs. n. 163 del 2006, deve essere non solo valido ma anche efficace.

Nel caso di mancata aggiudicazione all'impresa concorrente ausiliata, l'efficacia del suddetto contratto cessa qualora, in forza di una condizione risolutiva espressa, sia subordinata all'aggiudicazione del contratto oggetto di gara. Tale circostanza, unita alla mancata richiesta di riedizione dell'intera gara, priva definitivamente l'impresa concorrente del requisito (o, come nel caso di specie, della certificazione SOA) richiesto dal bando, determinando conseguentemente la mancanza di legittimazione ad agire in giudizio per carenza di interesse.

Publicato il 07/07/2017

002162017 REG.PROV.COLL.

00062017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 63 del 2017, proposto da Angelo De Cesare S.r.l. in persona del legale rappresentante p.i., rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Russo, Manuel De Momi, con domicilio eletto presso lo studio Manuel De Momi in Pescara, via G. Galilei 40,

contro

S.A.S.I. - Società Abruzzese Per il Servizio Idrico Integrato - S.p.A. in persona del legale rappresentante p.i., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Tollo, con domicilio eletto presso lo studio Fulvio De Gregorio in Pescara, via G. Galilei 40.

nei confronti di

Cine Consorzio Imprenditori Edili Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p. i., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Paolo, Andrea Lucetti, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Lucetti in Pescara, via Cesare Ciglia N.8, Impet. Contrattori, Contrattori Pittavese Fioravito S.r.l., Eco-Epidemia S.r.l. non costituiti in giudizio, A.T.I. Urbompa/CoopEpidemia, in persona del legale rappresentante p. i., rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Bignocchi, con domicilio eletto presso il suo studio in Porto San Giorgio, via Giordano Bruno, 116

Garcenino Contrattori S.p.A., in persona del legale rappresentante p. i., rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Pellegrini, con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, via A. Valignani N° 20

per l'arruolamento

dell'aggiudicazione definitiva alla committenza CME della gara di appalto indetta con bando del 15.4.2016, e relativa alla progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione dell'impianto di depurazione e collettori fognari nel Comune di Palera (CH).

del bando del disciplinare e del capitolo d'appalto, ivi compresi i rispettivi allegati;

di tutti i chiarimenti forniti dall'Amministrazione ai quesiti formulati dai concorrenti;

di tutti gli avvisi convocatori della Stazione Appaltante in merito alla procedura in oggetto;

di tutti i verbali di gara, ivi compresi i rispettivi allegati;

nei limiti di quanto interesse, della nota del 18.01.2017 n. 176.

Vale il ricorso e i relativi allegati;

Vale gli atti di costituzione in giudizio di S.A.S.I. - Società Abruzzese per il Servizio Idrico Integrato - S.p.A., di Cine Consorzio Imprenditori Edili Soc. Coop., di A.T.I. Urbompa/CoopEpidemia e di Garcenino Contrattori S.p.A.;

Vale la memoria difensiva;

Vale tutti gli atti della causa;

Rilascio nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2017 il dott. Massimiliano Barbaro e i uditi Tav. Marcel De Monte per la società ricorrente, Tav. Paolo Tizio per la società resistente, gli avv. Marco Pellegrini, Giuliano Di Paolo e Andrea Lucetti per la società convenzionata.

Rilascio e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto (indetto con bando del 15.4.2016, e quindi soggetto alla prerogativa disciplinare di cui al d.lgs. n. 163 del 2006) - relativo alla progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione dell'impianto di depurazione e collettori fognari nel Comune di Palera (CH) - alla ditta CME Consorzio Imprenditori Edili Soc. Coop. - nonché ha impugnato la graduatoria definitiva e gli atti di gara nella parte in cui la Commissione non ha escluso dalla partecipazione alla procedura le ditte che si sono collocate in una posizione superiore rispetto alla ricorrente (Cine, Al Impet./Primavera, Al Urbompa/CoopEpidemia e Garcenino Contrattori) e nella parte in cui la medesima ha erroneamente valutato i progetti delle concorrenti nella misura utile a collocarle in gradatoria diversa dalla ricorrente stessa.

Che la medesima ha chiesto le conseguenze dichiaratorie di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e, solo in via subordinata alla mancata aggiudicazione in proprio favore della gara, anche il risarcimento del danno per equivalente.

Che con ricorso incidentale la convenzionata CME ha evidenziato che la ricorrente, non possedendo al fine della qualificazione la certificazione SOA per la categoria prevalente COC2 classe IV prevista dal punto 1.2.1 del bando, ha stesso ricorso all'istituto dell'involontario con l'ausiliario Sabatini Contrattori Srl e che tuttavia il contratto di messa a disposizione, con l'aggiudicazione in suo favore, è divenuto inefficace, in virtù di una condizione risolutiva a esso apposta dalle parti contraenti.

Che tale ricorso incidentale appare fondato.

Che, in particolare, l'art. 5 del medesimo contratto, rubricato, "Vizio e Termini", ha previsto che "l'eventuale contratto di innalzamento contratto e pertanto valido in caso di mancata aggiudicazione dell'incarico al concorrente con la pubblicazione del verbale di aggiudicazione definitiva".

Che il contratto di messa a disposizione degli strumenti dell'impresa ausiliaria, necessario per accedere all'istituto dell'involontario ex articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere non solo valido ma anche efficace (Cfr. T.A.R. Potenza sez. I 5 aprile 2017 n. 200) e che nel caso di specie tale contratto è divenuto inefficace a seguito della mancata aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, come il vizio del dato testuale in modo chiaro e univoco; sicché la stazione appaltante non avrebbe potuto alcuna tutela nei confronti dell'ausiliario, ultimo

che l'impiego regolare anziché di quest'ultimo verso l'Amministrazione non ha causato estraneità ma solo causa esterne nel rapporto sostanziale tra l'ausiliario e l'ausiliario (sicché l'efficacia di questo determina l'efficacia dell'impiego unitamente in questione).

Che la ricorrente si è classificata quinta in una graduatoria finale di 8 imprese, e si limita a chiedere l'assicurazione o il riconteggio del punteggio loro attribuito nei confronti delle prime 4, sicché la fondatezza del ricorso incidentale escludeva prima del tutto la legittimazione della ricorrente per carenza di interesse a ricorrere, non avendo richiesto e non potendo ottenere alcuna pretesa strumentale alla medesima dell'intera procedura (cfr. Consiglio di Stato Sez. II, 26 agosto 2016, n. 3708; T.A.R. Roma sez. III, 05/02/2017, n. 1924, confermata in sede cautelare in appello).

con ordinanza n. 754 del 2017).

Che l'accoglimento del ricorso incidentale determina pertanto l'inammissibilità di quello principale.

Ritenuto che le spese possono essere compensate approntato tenuto conto degli accertamenti giurisdizionali in punto di rapporto tra ricorso principale e incidentale escludendo (T.A.R. Roma sez. III, 06/02/2017, n. 1526).

P.S.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso incidentale nei limiti di cui in motivazione e dichiara pertanto inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzi, Presidente

Alberto Tronchetti, Consigliere

Massimiliano Balbona, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza annotata offre lo spunto per alcune considerazioni di carattere generale.

Anzitutto, giova ripercorrere preliminarmente il percorso logico seguito dal giudice amministrativo nel modo seguente: 1. nell'ambito dell'avvalimento, il contratto di messa a disposizione tra ausiliaria e ausiliata deve essere sia valido che efficace sino all'eventuale aggiudicazione della gara, così come previsto dal contratto stesso; 2. in caso di mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata, il suddetto contratto di messa a disposizione deve considerarsi risolto; 3. nell'ambito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa vincitrice e di tutti gli atti di gara presupposti, la società ricorrente deve espressamente domandare la riedizione della gara ai fini della sussistenza di un concreto (e attuale) interesse a ricorrere, non essendo sufficiente la richiesta di esclusione delle ditte collocate in posizione peggiore o il riconteggio del punteggio loro attribuito; 4. la mera richiesta di annullamento degli atti di gara determina l'inammissibilità del ricorso per mancanza di legittimazione della ricorrente dovuta alla carenza di interesse.

Ricostruita in questi termini, la decisione in oggetto presta il fianco ad alcuni dubbi circa la sua logicità e coerenza interne.

A tal proposito, dalla semplice lettura della sentenza appare chiaro che la società ricorrente non abbia in alcun modo limitato la propria domanda alla richiesta di esclusione delle ditte posizionate in posizione peggiore né, tantomeno, alla pretesa di riconteggio del punteggio loro attribuito, ma abbia altresì richiesto, in via subordinata, l'aggiudicazione della gara in suo favore e la conseguente condanna al risarcimento del danno per equivalente (*“Che la medesima ha chiesto la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e, **solo in via subordinata alla mancata aggiudicazione in proprio favore della gara, anche il risarcimento del danno per equivalente**”*).

La domanda proposta da parte ricorrente, ad avviso dello scrivente, dimostra quindi pienamente l'interesse concreto e attuale al ricorso laddove pretende, in subordine all'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa vincitrice e al riconteggio dei punteggi finali, l'aggiudicazione in proprio favore. Il non aver domandato la riedizione dell'intera procedura può ritenersi dovuto solamente a ragioni di strategia processuale, la quale resta (e non può che restare) completamente estranea al giudizio del giudice.

Sotto questo punto di vista, quindi, l'interesse a ricorrere deve ritenersi perfettamente esistente.

In aggiunta a ciò, anche la seconda ragione posta dai giudici a sostegno della dichiarazione di inammissibilità del ricorso deve ritenersi erronea. Secondo il TAR, infatti, non solo non v'è stata alcuna richiesta di riedizione dell'intera procedura, ma nemmeno avrebbe potuto essere avanzata una simile pretesa in forza della sopravvenuta risoluzione del contratto di avvalimento tra società ricorrente (ausiliata) e impresa ausiliaria.

In particolare, nella ricostruzione effettuata dai giudici in accoglimento del ricorso incidentale presentato dalla società controinteressata (aggiudicataria della gara), l'avveramento della condizione risolutiva espressa presente nel contratto di avvalimento, privando definitivamente la concorrente – attuale ricorrente – della certificazione SOA richiesta dal bando di gara, non avrebbe potuto consentirle di partecipare nuovamente alla gara (*“[...] sicché la fondatezza del ricorso incidentale escludente priva del tutto la legittimazione della ricorrente per carenza di interesse a ricorrere, non avendo richiesto **e non potendo vantare alcuna pretesa strumentale alla riedizione dell'intera procedura**”*).

Non si riesce tuttavia a comprendere come, di fronte ad un'espressa domanda della ricorrente volta ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, sia possibile giungere ad una simile conclusione.

È ampiamente noto che l'annullamento, ove disposto, produca effetti retroattivi facendo così venir meno l'aggiudicazione *ex tunc*. In forza di ciò, allora, la condizione del contratto (*i.e.* la mancata aggiudicazione in favore dell'ausiliata) risulterebbe conseguentemente non avverata e la società ricorrente continuerebbe ad avvalersi della certificazione così come richiesta dal bando di gara, potendo dunque eventualmente partecipare alla riedizione del procedimento di aggiudicazione.

Le perplessità, tuttavia, non finiscono qui.

Dal punto di vista di teoria processuale generale, il TAR confonde altresì palesemente le nozioni di *legittimazione ad agire* e di *interesse a ricorrere*, le quali devono esser mantenute sempre ben distinte, pur costituendo entrambe condizioni dell'azione.

La legittimazione ad agire, come risaputo, individua il soggetto cui spetta il diritto di azione (solitamente, ma non necessariamente, il titolare della situazione giuridica soggettiva): legittimato è colui che affermi di aver subito la lesione di una situazione giuridica soggettiva. Pertanto, tale condizione dell'azione non può che misurarsi dalla domanda. (1)

L'interesse al ricorso (*personale, diretto e attuale*) è, invece, l'utilità concreta (anche solo di carattere morale) che la sentenza di accoglimento della domanda può recare alla situazione giuridica soggettiva lesa. (2)

Le due condizioni, come è evidente, viaggiano dunque su piani differenti e non è in alcun modo possibile sovrapporle, come nel caso di specie. Il TAR, statuendo che la fondatezza del ricorso incidentale presentato dalla ditta controinteressata "*priva del tutto la legittimazione della ricorrente per carenza di interesse a ricorrere [...]*", confonde chiaramente i due (distinti) profili.

In forza delle considerazioni precedenti, valgono dunque le seguenti conclusioni: 1. parte ricorrente, titolare della situazione giuridica soggettiva, deve sicuramente essere considerata pienamente legittimata ad agire; 2. l'espressa domanda (in via subordinata) di aggiudicazione in suo favore della gara determina, di per sé, il pieno interesse a ricorrere; 3. l'eventuale pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva comporterebbe, nel caso di specie, la reviviscenza del contratto di avvalimento stipulato tra impresa ausiliata (ricorrente principale) e impresa ausiliaria, a nulla ostando l'avveramento della condizione risolutiva espressa a seguito dell'aggiudicazione originaria (in ipotesi, annullata).

Bibliografia

(1) Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

(2) *Idem*.