

Annullamento della Soa intervenuto dopo l'aggiudicazione definitiva (il rapporto è da ritenersi pienamente consolidato con la consegna dei lavori) ma prima della stipula del contratto nei confronti di un partecipante non risultata aggiudicataria: poiché le operazioni di gara sono già concluse, una tale circostanza non può legittimare il rifacimento di tutta la procedura

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2119 dell'8 maggio 2007 merita di essere segnalato per la particolare fattispecie in essa discussa:

<Tanto premesso in rito e venendo ad esaminare il merito della controversia in esame, ritiene il Collegio che sia fondato e meriti accoglimento il motivo relativo all'errore del giudice di primo grado consistente nel fatto che la perdita del requisito di qualificazione, attestazione S.O.A., da parte di una ditta, partecipante non aggiudicataria alla procedura di gara di appalto per l'esecuzione dei lavori in questione, **attiene ad una fase che riguarda un rapporto ormai consolidato** non solo dall'aggiudicazione ma dall'intervenuta consegna dei lavori, peraltro in uno stato di esecuzione avanzata dei medesimi>

infatti:

<L'annullamento della S.O.A. dell'impresa partecipante alla gara non aggiudicataria non ha alcuna rilevanza in quanto il procedimento di gara era già concluso, considerato che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in data 24.6.2004, la consegna dei lavori all'aggiudicataria è avvenuta in data 13.9.2004 e che solo nel mese di ottobre 2004 è intervenuto il provvedimento di annullamento della S.O.A. dell'impresa partecipante., mentre a tale data i lavori erano già stati realizzati per 1/3.>

importante è inoltre segnalare che per il Consiglio di Stato:

<Sotto tale aspetto non ha alcun rilievo che non era stato ancora formalizzato il contratto per l'esecuzione dei lavori, dal momento che la procedura di gara era ormai conclusa con l'aggiudicazione definitiva ed il rapporto era da ritenersi ormai pienamente consolidato con la consegna dei lavori>

Ma l'emarginata decisione merita di essere segnalata anche per il seguente passaggio:

< in ipotesi di sottoscrizione illeggibile apposta sotto la menzione di una società provvista di personalità giuridica e della carica sociale rivestita dal sottoscrittore, l'individuazione della persona fisica che ha rilasciato la procura può essere facilmente raggiunta attraverso il controllo, nel registro delle imprese, della firma e del potere rappresentativo; per altro verso la procura con firma illeggibile di soggetto che si qualifica nella medesima procura o nel contesto dell'atto cui questa accede come legale rappresentante di persona giuridica si presume validamente rilasciata dalla persona fisica investita secondo lo statuto del necessario potere rappresentativo, spettando a chi ne contesta la validità provarne il contrario con specifici e documentati elementi da cui possa desumersi l'incertezza sulla persona del conferente>

inoltre in tema di diniego della richiesta al risarcimento del danno:

< Costituisce, infatti, ius receptum il principio secondo grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito

Invero, il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: oltre alla lesione della situazione soggettiva d'interesse tutelata dall'ordinamento, è indispensabile che sia accertata la colpa dell'amministrazione, e l'esistenza di un danno al patrimonio e che sussista un nesso causale tra la condotta lesiva ed il danno subito.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2119/07 REG.DEC.
N. 4862 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4862/2005, proposto da ** CAVE E COSTRUZIONI S.R.L. rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Salvia e Monica Bruno con domicilio eletto in Roma Via Crescenzo, 91 presso l'Avv. Michele Albano;

contro

COMUNE DI ASCOLI SATRIANO rappresentato e difeso dall'Avv. Enrico Follieri con domicilio eletto in Roma Viale Mazzini, 6 presso Studio Lupis;

e nei confronti di

** S.R.L. IN PR. E Q.LE MANDATARIA A.T.I, A.T.I. EDILSIDERURGICA ** S.R.L. entrambe non costituite;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA-BARI: Sezione I n.1355/2005 , resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI PER IL RIASETTO DELLE AREE A RISCHIO IDROGEOLOGICO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 187/06;

Alla pubblica udienza del 03 Marzo 2006 , relatore il Consigliere Nicola Russo ed udito, altresì, l'avvocato V. Romano per delega dell'avv. E. Follieri;

F A T T O

Con ricorso notificato e depositato rispettivamente il 25 febbraio e 9 marzo 2005 la ** Cave e Costruzioni s.r.l., già aggiudicataria dei lavori di consolidamento in località Fornaci del Comune di Ascoli Satriano nell'ambito di interventi urgenti per il riassetto delle aree a rischio idrogeologico giusta determina dirigenziale n. 394 del 24.6.04, ha impugnato dinanzi al TAR Puglia, sede di Bari, il successivo provvedimento n. 767 del 10.12.04 recante annullamento in via di autotutela della precedente determina e motivato esso provvedimento di ritiro dalle seguenti esplicitate circostanze: per una ditta partecipante alla gara (** srl) era intervenuto l'annullamento della SOA, detto annullamento era intervenuto dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto con la ditta ** Cave e costruzioni Srl, a seguito del rifacimento delle operazioni, tenuto anche conto dei criteri stabiliti dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici con determina n. 19/2002, emergeva una diversa indicazione dell'aggiudicatario e che di quanto innanzi veniva data immediata comunicazione alle ditte interessate ordinando la immediata sospensione dei lavori in corso di esecuzione con invito alla stessa direzione lavori di emettere stato di consistenza ed ogni altra documentazione utile sia ai fini del pagamento delle opere già eseguite dalla ditta ** Cave Costruzioni che all'aggiudicazione dei lavori residui. Va sottolineato che nello stesso provvedimento di annullamento della precedente aggiudicazione, si liquidò a favore della impresa

** Cave e Costruzioni Srl, per tutti i lavori dalla stessa già eseguiti, la somma di euro 149.222,50 e nel contempo si aggiudicarono, a seguito della c.d. prova della resistenza, i lavori residui dell'opera in argomento all'ATI composta dalla ditta ** Srl e dalla ditta EDIL SIDERURGICA ** Srl per un importo complessivo di euro 371.411,62.

In ricorso si dedusse avverso il citato provvedimento di autotutela in unico ed articolato motivo di gravame le seguenti censure: Violazione art. 7 legge 241/90; violazione della legge 109/94, dell'art. 75 del dPR 554/99 e del dPR 34/2000, nonché violazione e falsa applicazione della determinazione del Consiglio dell'Autorità Vigilante dei Lavori Pubblici n. 19/02 e violazione dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento nonché eccesso di potere sotto vari profili; siccome, e sintetizzando, all'interessata impresa non era mai stata data comunicazione dell'avvio del procedimento inteso all'atto di ritiro; il provvedimento di annullamento della SOA cui fa riferimento l'amministrazione è del mese di ottobre 2004 e quindi successivo non solo all'aggiudicazione ma anche alla consegna dei lavori avvenuta in data 13.9.04; il contratto di appalto non è mai stato stipulato per inadempienza della stazione appaltante essendo stati tutti i documenti consegnati dalla ditta appaltrice il 14.9.04; l'annullamento della SOA di una delle ditte partecipanti è successivo alla chiusura delle operazioni di gara; il provvedimento di annullamento è intervenuto a distanza di mesi dall'aggiudicazione il che comportava la valutazione (qui carente) dell'interesse pubblico perseguito e del pregiudizio arrecato all'impresa aggiudicataria; la revoca della SOA posseduta dalla ditta ** è intervenuta solo successivamente alla sua partecipazione alla gara e quindi illegittimo appare il procedimento che ne è conseguito anche alla luce della stessa determina n. 19/02 dell'Autorità vigilante sui lavori pubblici, stante –ripetesi– l'avvenuta aggiudicazione e la iniziata esecuzione dei lavori; v'è carenza di motivazione vuoi rispetto alla revoca della aggiudicazione, vuoi rispetto all'aggiudicazione dei lavori residui all'ATI controinteressata.

Si costituirono il Comune e l'ATI controinteressata che conclusero per il rigetto dell'avverso ricorso per infondatezza, preliminarmente eccepandone anche la inammissibilità vuoi per mancanza di indicazione del legale rappresentante della soc. ricorrente <il cui nome non compare né nella pagina iniziale del ricorso, né nel testo del mandato che reca la firma del legale rappresentante dalla quale però non si evince il nome> vuoi perché l'attuale ricorrente aveva diffidato con atto del 24.12.04 il Comune ad adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali entro 15 gg. decorsi i quali si invocò la risoluzione di diritto ex art. 1454 c.c., risoluzione con cui risulta non compatibile il proposto gravame per rimanere aggiudicataria ed eseguire i lavori oggetto di appalto ovvero, per meglio dire, inammissibile esso ricorso per carenza di interesse avendo l'interessata manifestato la volontà di liberarsi da ogni vincolo.

Il TAR adito, nella camera di consiglio del 23.3.2005, stabilì di definire il giudizio nel merito e, con sentenza in forma semplificata n. 1355/05 del 4 aprile 2005, respinse il ricorso, ritenendo di prescindere dalle eccezioni di rito sollevate dalle parti avverse, vista l'infondatezza nel merito del ricorso medesimo.

La ** Cave e Costruzioni s.r.l., con ricorso notificato il 25.5.2005 e depositato il 9.6.2005, ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio.

Si è costituito il Comune di Ascoli Satriano, chiedendo il rigetto del ricorso e riproponendo in sede di memoria le eccezioni non esaminate dal giudice di primo grado in quanto assorbite.

Prima dell'udienza di discussione le parti costituite hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 3.3.2006 la causa è stata spedita in decisione, di cui è stato pubblicato il dispositivo con il numero 187/06.

DIRITTO

Deve, innanzitutto, procedersi alla disamina delle eccezioni pregiudiziali non esaminate dal giudice di prime cure in quanto assorbite dalla sentenza di rigetto del ricorso ed espressamente riproposte dall'appellato Comune in sede di memoria di costituzione nel presente grado di giudizio.

Cominciando dall'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata indicazione del legale rappresentante della società ricorrente, deve dirsi che essa è destituita di fondamento.

Sotto il profilo della validità della procura alle liti rilasciata al difensore, deve osservarsi che, anche a voler ritenere illeggibile la sottoscrizione, essa è stata apposta sotto la menzione a timbro della carica sociale "Impresa ** Cave Costruzioni S.r.l. L'Amministratore Unico" ed in calce al ricorso che nell'intestazione recava il riferimento alla medesima società "in persona del legale rappresentante p.t.", ancorché senza ulteriore richiamo nominativo.

Ed invero, in ipotesi di sottoscrizione illeggibile apposta sotto la menzione di una società provvista di personalità giuridica e della carica sociale rivestita dal sottoscrittore, l'individuazione della persona fisica che ha rilasciato la procura può essere facilmente raggiunta attraverso il controllo, nel registro delle imprese, della firma e del potere rappresentativo; per altro verso la procura con firma illeggibile di soggetto che si qualifica nella medesima procura o nel contesto dell'atto cui questa accede come legale rappresentante di persona giuridica si presume validamente rilasciata dalla persona fisica investita secondo lo statuto del necessario potere rappresentativo, spettando a chi ne contesta la validità provarne il contrario con specifici e documentati elementi da cui possa desumersi l'incertezza sulla persona del conferente .

Anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse appare priva di pregio.

La ** Cave e Costruzioni, infatti, ha proposto ricorso in primo grado avverso il provvedimento di annullamento di aggiudicazione in suo favore adottato dal Comune di Ascoli Satriano, con il quale, appunto, si annullava in via di autotutela l'aggiudicazione dei lavori di consolidamento in località Fornaci e si dichiarava aggiudicataria altra ditta a seguito di esclusione di altra ditta, risultata successivamente non in regola con l'attestazione S.O.A., e previo esperimento della c.d. prova di resistenza.

La ricorrente, dunque, aveva interesse diretto, concreto ed immediato all'annullamento del predetto atto amministrativo in quanto aggiudicataria ed esecutrice dei lavori, lavori che erano stati sospesi dall'Amministrazione appaltante, e ciò, dunque, anche in vista del vantaggio conseguente alla ripresa dei lavori ed al diritto al risarcimento dei danni per l'illegittima sospensione .

L'interesse alla proposizione del ricorso, quindi, persisteva nonostante l'atto di diffida del 24.12.2004 inviato alla Stazione Appaltante finalizzato proprio alla ripresa immediata dei lavori sospesi.

Da tale punto di vista non vi è dubbio che l'interesse a ricorrere nella specie sia caratterizzato dalla presenza dei requisiti che qualificano l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (riaffidamento dell'appalto per reviviscenza dell'aggiudicazione annullata in via di autotutela, ripresa dei lavori e risarcimento del danno).

Tanto premesso in rito e venendo ad esaminare il merito della controversia in esame, ritiene il Collegio che sia fondato e meriti accoglimento il motivo relativo all'errore del giudice di primo grado consistente nel fatto che la perdita del requisito di qualificazione , attestazione S.O.A., da parte della ditta **, partecipante non aggiudicataria alla procedura di gara di appalto per l'esecuzione dei lavori in questione, attiene ad una fase che riguarda un rapporto ormai consolidato non solo dall'aggiudicazione ma dall'intervenuta consegna dei lavori, peraltro in uno stato di esecuzione avanzata dei medesimi.

L'annullamento della S.O.A. dell'impresa partecipante alla gara non aggiudicataria non ha alcuna rilevanza in quanto il procedimento di gara era già concluso, considerato che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in data 24.6.2004, la consegna dei lavori all'aggiudicataria è avvenuta in data 13.9.2004 e che solo nel mese di ottobre 2004 è intervenuto il provvedimento di annullamento della S.O.A. dell'impresa ** s.r.l., mentre a tale data i lavori erano già stati realizzati per 1/3.

Sotto tale aspetto non ha alcun rilievo che non era stato ancora formalizzato il contratto per l'esecuzione dei lavori, dal momento che la procedura di gara era ormai conclusa con

l'aggiudicazione definitiva ed il rapporto era da ritenersi ormai pienamente consolidato con la consegna dei lavori.

D'altro canto, come pure fondatamente eccepito dall'appellante già in prime cure, manca nella delibera impugnata, di annullamento in via di autotutela di precedente provvedimento di aggiudicazione, la valutazione del preminente interesse pubblico alla realizzazione dell'opera nonché del legittimo affidamento dell'aggiudicataria esecutrice dei lavori in comparazione con quello al preteso ripristino della legalità violata.

La sentenza gravata merita, invece, conferma nella parte in cui ha rigettato l'istanza risarcitoria proposta dalla ricorrente in primo grado e riproposta in sede d'appello.

Costituisce, infatti, ius receptum il principio secondo grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (Cons. Stato, Sez. V, 25/01/2002, n. 416; Cons. Stato, Sez. V, 06/08/2001, n. 4239; Cons. Stato, Sez.V, 19 Aprile 2005, n. 1792). Invero, il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: oltre alla lesione della situazione soggettiva d'interesse tutelata dall'ordinamento, è indispensabile che sia accertata la colpa dell'amministrazione, e l'esistenza di un danno al patrimonio e che sussista un nesso causale tra la condotta lesiva ed il danno subito.

Nel caso in esame, la richiesta risarcitoria non è stata giustificata nè accompagnata da elementi probatori dell'indicazione del danno asseritamente subito: la mancanza della necessaria dimostrazione del danno non consente, dunque, di accogliere la domanda.

L'appello, pertanto, deve essere accolto nella parte impugnatoria e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di autotutela adottato dal Comune di Ascoli Satriano con determina n. 767 del 10.12.2004, con conseguente riviviscenza dell'aggiudicazione disposta in favore della impresa appellante.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento impugnato in primo grado. Spese del doppio grado a carico del Comune appellato, quantificate complessivamente in euro 4.000,00 oltre IVA e C.A.P..

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 03 Marzo 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Raffaele Iannotta	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere Est.

L'ESTENSORE
f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE
f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

l' 8 maggio 2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale