

Legittimo annullamento di un'aggiudicazione definitiva

Un'interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l'applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare (e non di mero collegamento) sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 c.c..

merita di essere segnalato il seguente passaggio espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2950 del 4 giugno 2007:

< Le eccezioni preliminari articolate dalle parti resistenti non sono suscettibili di accoglimento alla stregua dei rilievi che seguono:

a) quanto al profilo di improcedibilità del ricorso in relazione all'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva è sufficiente ricercare che il profilo di nullità di detta ultima statuizione colto dal Primo Giudice esclude l'opponibilità di sbarramenti decadenziali rilevanti per le sole cause di annullamento;

b) in ordine, poi, alla preclusione derivante dalla stipula del contratto intervenuto nelle more è sufficiente rammentare, per un verso, che l'interesse dell'annullamento si radica anche in relazione ai soli risvolti risarcitori e che, in ogni caso, alla stregua di un orientamento già espresso dalla Sezione e pienamente applicabile al caso di specie caratterizzato dal supposto annullamento dell'aggiudicazione provvisoria seguita da un'aggiudicazione definitiva ab origine inefficace in quanto radicalmente nulla, l'annullamento dell'atto di aggiudicazione costituente mero presupposto abilitante alla stipulazione contrattuale produce effetto caducante a danno di quest'ultima;

c) la tempestività del ricorso di primo grado esclude infine l'attribuzione di valenza preclusiva all'avvenuta pregressa impugnazione in un precedente giudizio in seno al quale, peraltro, il contraddittorio non era stato ritualmente instaurato>

ma vi è di più

l'adito giudice infatti decreta anche che:

< Dall'esame degli atti si evince che l'aggiudicazione definitiva è avvenuta in epoca successiva all'ordinanza con la quale questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione della sentenza accordando una misura cautelare da intendersi, pena la sua inutilità, come volta a sospendere l'aggiudicazione provvisoria e, in ogni caso, ad inibire la futura aggiudicazione definitiva e le misure conseguenti.

L'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura pertanto un'ipotesi paradigmatica di carenza di potere sanzionata con la nullità ai sensi della regola juris sottesa al disposto dell'art. 21 septies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello n. 4335/2006, 8093/2003 e 10508/2003, proposti rispettivamente:

1) ricorso n. 4335/2006 da:

REGIONE CALABRIA, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe NAIMO con domicilio eletto in Roma via Ottaviano n. 9, presso l'Avv. Graziano PUNGI';

contro

e nei confronti di

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria sede di Reggio Calabria n. 529/2006.

2) ricorso n. 8093/2003 da:

contro

REGIONE CALABRIA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni MONTERA e Giuseppe NAIMO, con domicilio eletto in Roma Lungotevere dei Mellini n. 10, presso l'Avv. Daniela MAURELLI;

ASSESSORATO LAV. PUB., SETTORE 20, SERV. TEC. DEC. REGGIO CALABRIA, non costituitosi;

e nei confronti di

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria sede di Reggio Calabria n. 1005/2003.

3) ricorso n. 10508/2003 da:

contro

REGIONE CALABRIA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni MONTERA e Giuseppe NAIMO con domicilio eletto in Roma Lungotevere dei Mellini n.10, presso Avvocatura Regione Calabria;

REGIONE CALABRIA - ASSESS. AI LAVORI PUBBLICI- EX GENIO CIV, non costituitasi;

e nei confronti di

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria sede di Reggio Calabria n. 1005/2003.

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio per quanto riguarda il

(ric. n. 4335/2006) di: ***

(ric. nn. 8093/2003-10508/2003) di: REGIONE CALABRIA e IMPRESA *** SRL.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 marzo 2007 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi altresì, l'avv. Pungì, per delega dell'avv. Naimo, l'avv. Musenga, l'avv. Lilli e l'avv. Di Martino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La vicenda toccata dai ricorsi in epigrafe specificati concerne la gara mediante pubblico incanto indetta dalla Regione Calabria per l'aggiudicazione dei lavori di escavazione dell'imboccatura del porto di Saline Joniche nel Comune di Montebello Jonico (RC).

Con il ricorso n. 8093/2003 è oggetto di impugnazione la sentenza con la quale i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto da *** srl, anche nella qualità di capogruppo dell'ATI costituita con l'Impresa Impianti e Costruzioni s.r.l., avverso l'aggiudicazione provvisoria intervenuta in favore della società *** s.p.a..

Con gli ulteriori ricorsi detta ultima società e la regione Calabria impugnavano la successiva sentenza con la quale i Primi Giudici hanno annullato l'aggiudicazione definitiva intervenuta in suo favore.

Si sono costituite le parti come da epigrafe.

All'udienza del 6 marzo 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva impongono la riunione dei ricorsi in esame.

3. Deve essere preventivamente esaminato il ricorso n. 8093/03 relativo all'aggiudicazione provvisoria.

3.1. Le eccezioni preliminari articolate dalle parti resistenti non sono suscettibili di accoglimento alla stregua dei rilievi che seguono:

a) quanto al profilo di improcedibilità del ricorso in relazione all'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva è sufficiente ricercare che il profilo di nullità di detta ultima statuizione colto dal Primo Giudice esclude l'opponibilità di sbarramenti decadenziali rilevanti per le sole cause di annullamento;

b) in ordine, poi, alla preclusione derivante dalla stipula del contratto intervenuto nelle more è sufficiente rammentare, per un verso, che l'interesse dell'annullamento si radica anche in relazione ai soli risvolti risarcitori e che, in ogni caso, alla stregua di un orientamento già espresso dalla Sezione e pienamente applicabile al caso di specie caratterizzato dal supposto annullamento dell'aggiudicazione provvisoria seguita da un'aggiudicazione definitiva ab origine inefficace in quanto radicalmente nulla, l'annullamento dell'atto di aggiudicazione costituente mero presupposto abilitante alla stipulazione contrattuale produce effetto caducante a danno di quest'ultima;

c) la tempestività del ricorso di primo grado esclude infine l'attribuzione di valenza preclusiva all'avvenuta pregressa impugnazione in un precedente giudizio in seno al quale, peraltro, il contraddittorio non era stato ritualmente instaurato.

3.1. Il ricorso nel merito è fondato, condividendosi l'orientamento già espresso in sede cautelare secondo un'interpretazione utile della ratio posta a fondamento del divieto di partecipazione alla gara di imprese avvinte da un collegamento sostanziale impone l'applicazione del principio non solo al caso in cui partecipino alle gare società controllanti e controllate ma anche laddove la situazione di controllo delle società partecipanti alle gare (e non di mero collegamento) sia rilevante rispetto ad un terzo non partecipante ma in grado tuttavia, come detentore di pacchetti di maggioranza delle diverse partecipanti, di esercitare l'influenza dominante descritta dall'art. 2359 c.c.. Detto profilo di collegamento è apprezzabile nel caso di specie, ove veniva in rilievo la partecipazione alla medesima procedura di tre società controllate dalla medesima holding (* Holding spa) in un contesto complessivo viepiù contraddistinto da una significativa commissione tra organi amministrativi e tecnici.

Il ricorso deve essere pertanto accolto, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e conseguente improcedibilità delle domande risarcitorie articolate in via gradata.

3.2. Vanno infine respinti i ricorsi proposti dalla *** spa e dalla Regione Calabria avverso la sentenza con la quale i Primi Giudici hanno dichiarato la nullità dell'aggiudicazione definitiva.

Dall'esame degli atti si evince che l'aggiudicazione definitiva è avvenuta in epoca successiva all'ordinanza con la quale questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione della sentenza accordando una misura cautelare da intendersi, pena la sua inutilità, come volta a sospendere l'aggiudicazione provvisoria e, in ogni caso, ad inibire la futura aggiudicazione definitiva e le misure conseguenti.

L'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura pertanto un'ipotesi paradigmatica di carenza

di potere sanzionata con la nullità ai sensi della regola juris sottesa al disposto dell'art. 21 septies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

4. Sulle spese si prevede in conformità al principio delle soccombenza come da dispositivo già pubblicato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riunisce i ricorsi in epigrafe, accoglie il ricorso n. 10508/2003, dichiara l'inammissibilità del ricorso n. 8093/2003 e respinge il ricorso n. 4335/2006. Per l'effetto annulla l'aggiudicazione provvisoria e conferma la declaratoria di nullità dell'aggiudicazione definitiva.

Condanna la Regione Calabria al pagamento, in favore di *** S.r.l. in proprio e come capogruppo della relativa A.T.I. delle spese di giudizio che liquidano nella misura di 15.000 (quindicimila) euro.

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

Così deciso in Roma, il 6 marzo 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta Presidente

Paolo Buonvino Consigliere

Domenico Cafini Consigliere

Aldo Scola Consigliere

Francesco Caringella Consigliere Est.

Presidente

GAETANO TROTTA

Consigliere Segretario

FRANCESCO CARINGELLA VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...04/06/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 4335/2006

8093-10508/2003

FF