

E' obbligatoria per l'amministrazione, a norma dell'attuale articolo 48 del codice dei contratti, la verifica del reale possesso dei requisiti speciali anche nei confronti del secondo classificato? È corretto affermare che la stessa aggiudicazione provvisoria è soggetta all'alea di un accertamento negativo sulla affidabilità del secondo classificato.? Può il secondo classificato, a cui non è stata illegittimamente richiesta la comprova dei requisiti, ottenere il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione?

Non è opzionale l'onere di richiedere la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, oltre che all'aggiudicatario provvisorio, anche al concorrente che lo segue immediatamente in graduatoria (qualora non compreso fra i concorrenti sorteggiati): sono illegittimi gli atti della gara di appalto con i quali la stazione appaltante, a seguito della formazione della graduatoria e di individuazione dell'aggiudicatario provvisorio ha invitato soltanto questi a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti ed a presentare la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito (a norma dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994) senza avanzare analoga richiesta al secondo classificato e, annullata l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della prima in graduatoria per inaffidabilità, piuttosto che assegnare i lavori al concorrente collocatosi al secondo posto (fra l'altro non messo in grado di dimostrare di essere in regola), ha proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia, ed ha aggiudicato il contratto ad altro concorrente

Invero, regioni di economia e speditezza avrebbero dovuto suggerire di porre siffatto onere con riferimento al solo aggiudicatario, ove non fosse da ritenere implicita, nell'intenzione del legislatore che (al contrario) impone di effettuare la richiesta ad entrambi i concorrenti, la salvaguardia delle aspettative del secondo classificato (coerentemente con la previgente normativa e, peraltro, ancora secondo una generalizzata logica esegetica che – pur in vigenza della disposizione in parola – misura la portata ed estensione dell'interesse del concorrente non aggiudicatario, alla impugnazione dell'aggiudicazione, con riferimento alla posizione conseguita nella graduatoria).

In sede di interpretazione dell'allora articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni (oggi articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 smi) merita di essere segnalata la decisione numero 5567 del 23 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

<Invero chi interpreta l'espressione “nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni...si procede alla conseguente eventuale nuova aggiudicazioni” nel senso che, se entrambi gli operatori (primo e secondo classificato) non forniscano la prova del possesso dei requisiti (e, cioè, se tale prova non sia fornita anche da uno soltanto di essi), la stazione appaltante deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia “ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”, non può poi non concludere nel senso che la stessa aggiudicazione provvisoria è soggetta all'alea di un accertamento negativo sulla affidabilità del secondo classificato.

Ma se così è non può non vedersi come – il rinviare l'accertamento capillare dei requisiti ad una fase successiva alla determinazione della soglia di anomalia ed alla formazione della graduatoria - si risolva, con tale meccanismo, in un aggravamento della procedura, in contrasto con gli obiettivi di snellezza ed accelerazione, stante la possibilità, sia pure remota, che esiti negativi della prova dell'affidabilità abbiano a ripetersi nel seguito della procedura.

Occorre allora ricorrere ad una lettura dell'inciso “si procede alla determinazione della nuova soglia”, più rispondente a logica ed alle finalità del sistema che prevede accertamenti a campione in fase di apertura ed accertamento mirato una volta concluse le operazioni, con obiettivo volto a

salvaguardare le aspettative dell'aggiudicatario e del secondo classificato, senza far dipendere la posizione del primo dalla eventuale inaffidabilità del secondo, né mettere in discussione la posizione di quest'ultimo, una volta sorta la necessità di escludere il primo classificato.

In altri termini, l'uso del plurale ("nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni") e la formulazione cumulativa della norma non vale ad imprimerle il significato preteso nella sentenza impugnata, in quanto come esso non implica affatto (e sarebbe fuori da ogni logica) che le sanzioni siano applicate anche a quello dei dichiaranti che comprovi la sua affidabilità, così altrettanto, **dovrà farsi ricorso alla determinazione di una nuova soglia ed alla eventuale nuova aggiudicazione soltanto nella ipotesi che entrambi gli accertamenti diano esito negativo.**>

E per quanto concerne la richiesta di risarcimento del danno?

**<Peraltro, le incertezze giurisprudenziali sulle conseguenze derivanti dalla esclusione dell'aggiudicatario, attenuano, ma non escludono la responsabilità dell'Azienda, dovendosi ritenere inescusabile l'errore in cui la stessa è incorsa nel non richiedere al secondo classificato, immediatamente e contestualmente alla richiesta formulata nei riguardi dell'aggiudicatario, la prova di cui al più volte citato art.10, comma 1 quater.**

**Siffatto comportamento ha determinato effetti a catena sul successivo comportamento della stazione appaltante, che hanno ulteriormente aggravato la procedura e la lesione a carico del secondo classificato.**

La domanda generica di condanna dell'Azienda al risarcimento del danno, non ulteriormente sviluppata in primo grado, e soltanto implicitamente richiamata in questo grado del giudizio, con la richiesta di accoglimento del ricorso di primo grado, non consente se non la generica affermazione del diritto dell'attuale appellante al risarcimento del danno da porsi a carico dell'Azienda sanitaria, alla quale spetterà di formulare all'interessato una congrua offerta>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA      N. 5567/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO      N. 4578 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione      ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4578 del 2006 proposto da ALFA - , in persona del Presidente un carica, Avv. Mauro Pasolini, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Filippo Lattanzi, Renato Docimo e Giuseppe Violante, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 47,

contro

L'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE BA/3, in persona del Direttore generale, Avv. Lea Cosentino, rappresentata e difesa dall'Avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto in Roma, via Portuense n. 104 (c/o la Signora A. De Angelis)

e nei confronti

di BETA.- Consorzio – con sede in Venezia-Marghera, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli Avv. Maria Testa del Foro di Padova ed Andrea Manzi del Foro di Roma, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Confalonieri n. 5

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione I, n. 2217/2006 del 7 giugno 2006 (dispositivo n. 4/2006);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda USL BA/3 e di BETA.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 giugno 2007, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi Fine dell'espressione imprevista, altresì, gli Avv. Docimo, Violante, Pappalepore e Di Mattia, quest'ultimo su delega dell'avv. Manzi;

Pubblicato il dispositivo n. 270 del 2007;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1.1. Con sentenza n. 2217/2006 del 7 giugno 2006, previa pubblicazione del dispositivo n. 4/2006, il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione Prima, n. 2217/2006 del 7 giugno 2006 ha respinto il ricorso proposto dalla attuale appellante per l'annullamento:

a) della determinazione assunta dalla Commissione di gara nella seduta del 18 maggio 2005 a mezzo della quale è stato provvisoriamente aggiudicato al Consorzio con sede in Marghera (VE) l'appalto integrato commissionato dalla AZIENDA UNITÀ SANITARIA LOCALE BA/3 (AUSL BA/3) per l'esecuzione della progettazione esecutiva e successiva realizzazione delle opere e provviste occorrenti per l'adeguamento strutturale dello stabilimento di Grumo Appula per punto di primo intervento, ambulatori, diagnostica per immagini e di laboratorio, servizi generali;

b) del provvedimento di aggiudicazione definitiva del pubblico incanto indetto dall'A.U.S.L. BA/3 per l'affidamento dell'appalto integrato innanzi descritto;

c) della sottostante determinazione della Commissione di gara di riammissione del Consorzio BETA. alla procedura selettiva;

d) di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

- nonchè per il risarcimento del danno derivante dagli illegitti atti e provvedimenti impugnati.

1.2. Dopo avere ricordato le regole fondamentali della gara, la società cooperativa appellante aveva esposto, nel ricorso di primo grado che, esclusa in un primo tempo l'offerta del Consorzio BETA., per la mancata allegazione della lista delle categorie nella apposita busta, era risultata aggiudicataria provvisoria l'A.T.I. GAMMA - GAMMA BIS – GAMMA TER, mentre essa ricorrente si era collocata al secondo posto. Sennonché l'aggiudicataria provvisoria non provvide a fornire entro il termine concesso, la documentazione comprovante le dichiarazioni fornite in sede di gara relative alla capacità economico-finanziaria e tecnica posseduta. Nel frattempo il Consorzio BETA. aveva segnalato alla Commissione di aver inserito la lista delle categorie nel plico contenente l'offerta, cosicché, in data 18/5/2005, la Commissione provvide a riammettere in gara la ditta esclusa e a rideterminare la soglia di anomalia delle offerte, confermando l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. GAMMA - GAMMA BIS – GAMMA TER. Peraltro, tenuto conto della mancata presentazione della documentazione richiesta all'aggiudicataria provvisoria, la Commissione, in asserita applicazione dell'art. 10, c. 1 quater, l. 109/94, provvide ad escludere l'A.T.I. GAMMA - GAMMA BIS – GAMMA TER, piuttosto che aggiudicare l'appalto alla attuale ricorrente, rideterminò la soglia di anomalia, dichiarando nuovo aggiudicatario il Consorzio BETA. che aveva offerto un ribasso del 18,772 %.

Tale modo di procedere era sottoposto al controllo di legittimità sulla base di censure che possono così essere riassunte:

1) Violazione di legge: omessa ed errata applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, L. n. 109 del 1994 e dell'art. 1 L.n. 241 del 1990; eccesso di potere: illogicità e sviamento = in base alla norma della quale la stessa Commissione di gara ha ritenuto di dover fare applicazione (art, 19, comma 1 quater, L. n. 109 del 1999) la Commissione di gara non avrebbe potuto limitarsi a richiedere la presentazione della documentazione alla sola aggiudicataria provvisoria ma avrebbe dovuto estendere la richiesta alla seconda classificata (l'attuale ricorrente) e quindi procedere alla aggiudicazione nei suoi confronti, ove questa vi avesse regolarmente adempiuto; illegittimi sarebbero, pertanto, il ricalco dell'anomalia dell'offerta e l'aggiudicazione alla BETA., indipendentemente dalla illegittimità della sua riammissione in gara;

2) Eccesso di potere: violazione del principio di buon andamento, trasparenza, imparzialità, violazione del principio del giusto procedimento; illogicità; contraddittorietà ed ingiustizia manifesta, violazione del principio della par condicio; violazione dei principi che soprassedono all'esercizio del potere di autotutela; carente motivazione in merito = illegittimamente sarebbe stato riammesso in gara il Consorzio BETA. a seguito di un accertamento posto in essere dalla Commissione, sulla considerazione che il rinvenimento postumo della documentazione mancata (inverosimile sotto più di un profilo messo in evidenza dal ricorrente) sarebbe avvenuto dopo che, per un certo tempo, la Commissione aveva lasciato incustodite (per non avere preso alcuna misura al riguardo) le buste relative ai concorrenti esclusi, tanto più che il riesame della documentazione sarebbe avvenuta a distanza di quasi un mese dalla esclusione della concorrente poi risultata aggiudicataria sulla base della rideterminazione della soglia di anomalia, con violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara.

1.3. Il giudice di primo grado ha respinto l'istanza cautelare, poi accolta in appello dalla Sezione, con ordinanza 5916/2005, e, quindi, con la sentenza citata ha disatteso entrambi i motivi di impugnazione, pienamente aderendo alle tesi difensive della stazione appaltante e dell'aggiudicatario, costituitisi in giudizio.

2. In questa sede l'interessata, impugnato dapprima il dispositivo, e integrate le ragioni della impugnazione, con motivi aggiunti a seguito della pubblicazione del testo integrale della sentenza,

sottopone al controllo del giudice di appello gli atti impugnati e la pronuncia sfavorevole, riproponendo entrambi i motivi di impugnazione e sviluppando con articolate argomentazioni e censure direttamente volte a sindacare il procedimento logico giuridico sulla cui base il giudice è pervenuto alle proprie conclusioni, sia in ordine alla interpretazione del citato art. 10, comma 1 quater, L. n. 109 del 1994, sia anche con riferimento alla riammissione in gara della attuale controinteressata; e insiste nella domanda risarcitoria.

Costituitisi in giudizio l'Azienda e l'aggiudicataria per resistere all'appello, la Sezione ha accordato la misura cautelare con ordinanza n. 3354 del 2006 e successivamente, chiamata la causa alla pubblica del 15 giugno 2006 l'ha trattenuta in decisione.

## D I R I T T O

1. L'appello è fondato, sulla base del primo ed assorbente motivo di impugnazione di cui al ricorso di primo grado, erroneamente disatteso nella sentenza impugnata.

2. Nella formulazione della disposizione di cui la stessa Stazione appaltante ha ritenuto dovere fare applicazione – ovvero l'art. 10, comma 1 quater della legge n. 109 del 1994 – non è opzionale l'onere di richiedere la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, oltre che all'aggiudicatario provvisorio, anche al concorrente che lo segue immediatamente in graduatoria (qualora non compreso fra i concorrenti sorteggiati).

Fondata è dunque la censura che imputa ad illegittimità del comportamento della Commissione di gara il non avere immediatamente avanzato la richiesta all'attuale appellato, una volta concluse le operazioni di gara e proclamata l'aggiudicataria provvisoria, sulla base di una graduatoria che vedeva al primo posto la A.T.I. GAMMA - GAMMA BIS – Lendinar, seguita immediatamente dal Consorzio ricorrente.

E, peraltro, una volta acclarata la portata del primo adempimento posto a carico della stazione appaltante, quando sono concluse le operazioni di gara, sulla base di una formulazione letterale che non lascia spazi interpretativi circa l'onere di rivolgere la richiesta anche al secondo classificato, non può condividersi l'interpretazione che della norma in esame è stata data dal giudice di primo grado, con il conforto di taluni precedenti giurisprudenziali e dell'atto di regolazione 30 marzo 2000 n. 15 della Autorità di Vigilanza.

Non convince infatti una norma di azione che – mirata alla rideterminazione della soglia di anomalia anche nel caso che sia soltanto l'aggiudicatario provvisorio a non rendere la prova della propria affidabilità – imponga all'amministrazione di effettuare la verifica anche nei riguardi del secondo classificato.

Invero, ragioni di economia e speditezza avrebbero dovuto suggerire di porre siffatto onere con riferimento al solo aggiudicatario, ove non fosse da ritenere implicita, nell'intenzione del legislatore che (al contrario) impone di effettuare la richiesta ad entrambi i concorrenti, la salvaguardia delle aspettative del secondo classificato (coerentemente con la previgente normativa e, peraltro, ancora secondo una generalizzata logica esegetica che – pur in vigenza della disposizione in parola – misura la portata ed estensione dell'interesse del concorrente non aggiudicatario, alla impugnazione dell'aggiudicazione, con riferimento alla posizione conseguita nella graduatoria).

Invero chi interpreta l'espressione “nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni...si procede alla conseguente eventuale nuova aggiudicazioni” nel senso che, se entrambi gli operatori (primo e secondo classificato) non forniscano la prova del possesso dei requisiti

(e, cioè, se tale prova non sia fornita anche da uno soltanto di essi), la stazione appaltante deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia “ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”, non può poi non concludere nel senso che la stessa aggiudicazione provvisoria è soggetta all’alea di un accertamento negativo sulla affidabilità del secondo classificato.

Ma se così è non può non vedersi come – il rinviare l’accertamento capillare dei requisiti ad una fase successiva alla determinazione della soglia di anomalia ed alla formazione della graduatoria - si risolva, con tale meccanismo, in un aggravamento della procedura, in contrasto con gli obiettivi di snellezza ed accelerazione, stante la possibilità, sia pure remota, che esiti negativi della prova dell’affidabilità abbiano a ripetersi nel seguito della procedura.

Occorre allora ricorrere ad una lettura dell’inciso “si procede alla determinazione della nuova soglia”, più rispondente a logica ed alle finalità del sistema che prevede accertamenti a campione in fase di apertura ed accertamento mirato una volta concluse le operazioni, con obiettivo volto a salvaguardare le aspettative dell’aggiudicatario e del secondo classificato, senza far dipendere la posizione del primo dalla eventuale inaffidabilità del secondo, né mettere in discussione la posizione di quest’ultimo, una volta sorta la necessità di escludere il primo classificato.

In altri termini, l’uso del plurale (“nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni”) e la formulazione cumulativa della norma non vale ad imprimerle il significato preteso nella sentenza impugnata, in quanto come esso non implica affatto (e sarebbe fuori da ogni logica) che le sanzioni siano applicate anche a quello dei dichiaranti che comprovi la sua affidabilità, così altrettanto, dovrà farsi ricorso alla determinazione di una nuova soglia ed alla eventuale nuova aggiudicazione soltanto nella ipotesi che entrambi gli accertamenti diano esito negativo.

La Sezione si è già orientata nel senso sopra precisato con la decisione n. 1286 del 13 marzo 2006, le cui conclusioni hanno trovato conferma nella ordinanza cautelare n. 3354 dell’11 luglio 2006, assunta, nel presente giudizio di appello.

Anteriormente la medesima Sezione, nel pronunciarsi in sede cautelare, con riferimento al rimedio negato dal giudice di primo grado, aveva accolto l’appello dell’interessato con ordinanza n. 5916/2005, basandosi sulla medesima interpretazione.

Essa non è smentita dalla posizione assunta, di recente, dalla Sezione Sesta, con la decisione n. 1842 del 24 aprile 2007, che prendendo in esame il caso in cui, a fronte della inaffidabilità dell’aggiudicatario ha ritenuto di procedere all’esperimento di una nuova gara, ha affermato che rientra nella sfera di discrezionalità della stazione appaltante di avvalersi, ai fini della scelta del contraente, della procedura già espletata con scorrimento della graduatoria, o di indire nuovo esperimento di gara, fermo, in ogni caso, che ove l’Amministrazione si determini per la seconda delle cennate soluzioni, è tenuta ad esternare le ragioni di interesse pubblico che hanno consigliato l’abbandono della procedura di evidenza pubblica a suo tempo avviata “con incisione sull’interesse del secondo classificato alla conservazione degli effetti del primo esperimento di gara”.

Siffatta affermazione, nella parte in cui adopera le locuzioni “scorrimento della graduatoria”, con riferimento espresso alla incisione sull’«interesse del secondo classificato», pur affrontando direttamente la tematica della rilevanza di altri interessi pubblici, discrezionalmente apprezzabili implica anche la condivisione della linea interpretativa già da tempo espressa dalla Sezione, dalla quale, in questa sede non vi è ragione di discostarsi.

3. Sulla base delle considerazioni che precedono, la sentenza impugnata deve essere riformata, con accoglimento del ricorso di primo grado e consequenziale accoglimento delle domande, costitutive e dichiarative proposte con il ricorso di primo grado.

Assorbente e conclusiva é la considerazione che sono illegittimi gli atti della gara di appalto con i quali la stazione appaltante, a seguito della formazione della graduatoria e di individuazione dell'aggiudicatario provvisorio ha invitato soltanto questi a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti ed a presentare la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito (a norma dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994) senza avanzare analoga richiesta al secondo classificato e, annullata l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della prima in graduatoria per inaffidabilità, piuttosto che assegnare i lavori al concorrente collocatosi al secondo posto (fra l'altro non messo in grado di dimostrare di essere in regola), ha proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia, ed ha aggiudicato il contratto ad altro concorrente.

Peraltro, le incertezze giurisprudenziali sulle conseguenze derivanti dalla esclusione dell'aggiudicatario, attenuano, ma escludono la responsabilità dell'Azienda, dovendosi ritenere inescusabile l'errore in cui la stessa é incorsa nel non richiedere al secondo classificato, immediatamente e contestualmente alla richiesta formulata nei riguardi dell'aggiudicatario, la prova di cui al più volte citato art.10, comma 1 quater.

Siffatto comportamento ha determinato effetti a catena sul successivo comportamento della stazione appaltante, che hanno ulteriormente aggravato la procedura e la lesione a carico del secondo classificato.

La domanda generica di condanna dell'Azienda al risarcimento del danno, non ulteriormente sviluppata in primo grado, e soltanto implicitamente richiamata in questo grado del giudizio, con la richiesta di accoglimento del ricorso di primo grado, non consente se non la generica affermazione del diritto dell'attuale appellante al risarcimento del danno da porsi a carico dell'Azienda sanitaria, alla quale spetterà di formulare all'interessato una congrua offerta.

Le spese del presente giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste, in favore dell'appellante ed interamente a carico dell'Azienda appellata. Interamente compensate quanto alle altre parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado annulla i provvedimenti con lo stesso impugnati; accerta il diritto al risarcimento del danno in favore dell'appellante ed a carico dell'Azienda Unitaria Sanitaria locale Bari/3 e, manda alla stessa Azienda USL Bari/3 per la formulazione di una congrua offerta;

Condanna l'Azienda USL Bari/3 al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del primo e secondo grado del giudizio che si liquidano in complessivi € 10.000,00 oltre IVA e CPA; spese compensate quanto alle altre parti;

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

Così deciso in Roma, addì 15 giugno 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele IANNOTTA PRESIDENTE

Raffaele CARBONI CONSIGLIERE

Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI CONSIGLIERE

Caro LUCREZIO MONTICELLI CONSIGLIERE

Adolfo METRO CONSIGLIERE

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Vilaro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2007

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

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale