

Dopo quali atti un'aggiudicazione provvisoria diventa definitiva? Anche in una Società di capitali, l'ultima parola è demandata al Consiglio di Amministrazione rispetto alla Commissione di gara o al responsabile del Procedimento? La giurisprudenza amministrativa distingue, in tema di annullamento di aggiudicazione, l'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, da quella dell'annullamento di ufficio dell'aggiudicazione definitiva?

L'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica dei contratti della p.a. (nonché di un organismo privato tenuto ad operare con le regole dell'evidenza pubblica, non è un atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, essendo diverso da quest'ultimo per soggetto, competenza, forma e contenuto e presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara intatti le norme speciali, configurano la procedura in funzione della scelta del contraente e non della formazione dell'accordo, che resta subordinato alla approvazione dell'esito della gara oltre che al controllo della stazione appaltante sugli atti posti in essere dalla Commissione ed a tutti gli ulteriori adempimenti richiesti all'aggiudicatario provvisorio (prova dei requisiti; costituzione della deposito cauzionale in assenza del quale non poteva essere perfezionato il vincolo negoziale): la parola definitiva, spetta, dunque alla società che ha indetto la gara, alla quale, secondo le regole generali, competono anche eventuali ripensamenti circa la persistenza, in concreto, della volontà di contrarre, in presenza di sopravvenute, contrarie valutazioni di opportunità e convenienza (sia pure con i limiti derivanti dall'affidamento ingenerato nei partecipanti).

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 5925 del 21 novembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 28 novembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

< La gara della quale si tratta è stata bandita da una società di capitali, che seppure tenuta all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, soggiace alla disciplina di diritto comune, per ciò che attiene il proprio assetto organizzativo e la potestà degli organi, nonché la formazione e l'esternazione della volontà gestionale, alla quale devono ricondursi l'approvazione degli atti della procedura di gara, posti in essere dalla Commissione appositamente nominata e l'espressione della volontà in sede di stipulazione del formale contratto di appalto.

In tale assetto manca lo spazio per una distinzione fra organi di governo ed organi di gestione, equiparabile, neanche nelle linee generali, all'assetto degli enti pubblici da cui vengono, mutate, sul punto, le indicazioni della parte appellante.

Chiarito ciò, non risulta che, nella specie, il complesso delle potestà di titolarità del Consiglio di amministrazione della società sia stato delegato, con riferimento al contratto di cui si tratta, alla Commissione di gara, o al responsabile del procedimento.

Al contrario, è chiaro, dai documenti in atti, che alla prima sono stati commessi soltanto compiti di natura tecnico-discrezionale, condizionati alla successiva approvazione della stazione appaltante, alla quale è stata pure riservata la stipulazione del contratto formale, senza lasciare spazio alla ipotesi di formazione dell'accordo contrattuale per mera accettazione, da parte del concorrente collocatosi al primo posto in graduatoria, delle clausole e condizioni fissate negli atti gara (capitolato generale e speciale).

Le norme speciali, configurano la procedura in funzione della scelta del contraente e non della formazione dell'accordo, che resta subordinato alla approvazione dell'esito della gara oltre che al controllo della stazione appaltante sugli atti posti in essere dalla Commissione ed a tutti gli ulteriori adempimenti richiesti all'aggiudicatario provvisorio.

La parola definitiva, spetta, dunque alla società che ha indetto la gara, alla quale, secondo le regole generali, competono anche eventuali ripensamenti circa la persistenza, in concreto, della volontà di

contrarre, in presenza di sopravvenute, contrarie valutazioni di opportunità e convenienza (sia pure con i limiti derivanti dall'affidamento ingenerato nei partecipanti).

Tanto emerge, anche, come rilevato dalla resistente società, dalla prevista stipulazione del contratto formale sottoscritto da entrambe le parti (punto IV.2 del bando) e, come evidenziato nella sentenza appellata, dalla prescrizione di adempimenti successivi da parte dell'aggiudicatario provvisorio (prova dei requisiti; costituzione della deposito cauzionale in assenza del quale non poteva essere perfezionato il vincolo negoziale).>

Ma non solo

< In concreto, non lascia supporre il contrario il tenore delle comunicazioni effettuate alla attuale appellante - la nota presidenziale del 2 marzo 2004 parla espressamente di aggiudicazione "provvisoria"; invita alla presentazione della "documentazione indispensabile per la stipulazione del relativo contratto"; avverte che, in ogni caso "l'aggiudicazione definitiva" resta "subordinata alla verifica della correttezza e della veridicità delle autodichiarazioni rese in fase di gara".

Quest'ultima avvertenza - che viene segnalata dalla parte appellante come autolimitativa dei poteri di verifica della stazione appaltante, e, comunque, come condizione meramente sospensiva di una volontà contrattuale già formatasi e destinata a produrre i propri effetti una volta che la documentazione fosse stata presentata - è indicativa, al contrario, della volontà della società committente di verificare compiutamente l'operato della commissione giudicatrice, e non soltanto la sussistenza o meno dei requisiti, sulla base della documentazione richiesta.>

Ed ancora

< La giurisprudenza amministrativa distingue, in tema di annullamento di aggiudicazione, l'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, da quella dell'annullamento di ufficio dell'aggiudicazione definitiva.

Anche recentemente è stato affermato che nella prima ipotesi non si richiede alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento, a differenza del secondo caso, nel quale il procedimento non può legittimamente espletarsi ed il provvedimento non può essere adottato senza la preventiva comunicazione di avvio, in ragione della posizione qualificata di vantaggio costituita in capo al titolare, dal provvedimento amministrativo (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4426).

Vero è che, di recente il legislatore ha avvertito l'esigenza che, nei procedimenti ad istanza di parte, l'interessato (piuttosto che essere previamente avvisato dell'avvio del procedimento) sia informato delle ragioni che si oppongono alla soddisfazione della sua pretesa.

Ma, come si è detto, nel caso in esame la società appaltante è andata oltre, in quanto ha consentito alla parte una piena partecipazione (previa comunicazione dell'avvio del procedimento) ed ha, a tal punto, tenuto conto delle sue osservazioni, da non pronunciarsi sulla aggiudicazione prima di avere appurato, sulla base di un'apposita istruttoria, se non ricorressero i presupposti per procedere all'annullamento radicale della procedura.>

A cura di Sonia LAzzini

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione      ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8485 del 2005, proposto dalla ATI ALFA di Ing. Salvatore C. & C. s.a.s. (capogruppo) ora ALFA BIS di Ing. Salvatore C. & C. s.a.s. contro

la soc. BETA spa , con sede in Milano, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giorgio Della Valle e Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Piazza Mazzini, 8

e nei confronti

della soc. DELTA SPURGHI s.n.c. di DELTA Ruggero e DELTA Fabio con sede in Concorezzo, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio ed in qualità di capogruppo della ATI costituita fra detta s.n.s e L'DELTA BIS s.c. a r.l. (mandante), con sede in Concorezzo, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Maurizio Boifava e Pier Luigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Mercalli, 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione III, n. 3383/2005 del 19 luglio 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della BETA S.p.a. e della ATI tra le Società Colombi Spurghi e L'DELTA BIS;

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 avvocati Terracciano, Della Valle e De Portu, quest'ultimo su delega dell'avv. Piselli;

Pubblicato il dispositivo n.384 del 2007;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. BETA s.p.a., società partecipata al 99% dal Comune di Milano, concessionaria ed ente gestore dei mercati all'ingrosso di Milano, ha indetto, in data 20 novembre 2003, una procedura ristretta, ai sensi

del D.Lgs. n.157/95, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il periodo dall'1 aprile 2004 al 30 giugno 2007, del servizio di raccolta, ammasso e differenziazione dei rifiuti prodotti nel mercato ortofrutticolo all'ingrosso di Milano, di trasporto rifiuti interno a tutti i mercati all'ingrosso di Milano, di trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali prodotti nei mercati all'ingrosso di Milano, per l'importo complessivo di € 2.055.000,00 al netto dell'IVA.

Alla gara hanno partecipato l'ATI formata tra ALFA di Ing. Salvatore C. & C. s.a.s. (capogruppo) e D.D.B. ECOLOGIA s.r.l. (di seguito: ATI ALFA/DDB) e la costituenda ATI tra DELTA SPURGHESI s.n.c. di DELTA Ruggero e DELTA Fabio e L'DELTA BIS s.c. a r.l. (di seguito: ATI DELTA/DELTA BIS).

Al termine dell'esame delle offerte tecniche ed economiche, la commissione giudicatrice ha assegnato complessivamente 89,85 punti alla ATI ALFA/DDB e 75,93 punti alla ATI DELTA/DELTA BIS e con verbale del 24 febbraio 2004, ha aggiudicato la gara in favore del primo dei raggruppamenti anzidetti collocatosi al primo posto nella graduatoria finale.

Con nota 2 marzo 2004, lo stesso è stato invitato, a produrre la documentazione necessaria per la stipulazione del contratto.

Senonché, con successivi telegrammi del 25 e 29 marzo 2004, la BETA ha informato l'aggiudicataria della "necessità di riconvocare la Commissione di gara per un approfondimento istruttorio su taluni aspetti riguardanti l'offerta tecnico-economica" e del conseguente differimento del servizio a data da destinarsi, essendosi avveduta, la stazione appaltante, che l'offerta dell'aggiudicataria, a fronte dello "sconto zero" sull'importo posto a base di gara, aveva anche apposto la condizione del rimborso dell'onere di discarica pari a € 0,145 per ogni chilogrammo di rifiuti smaltiti, al fine di "poter effettuare l'appalto, che altrimenti sarebbe in perdita".

Parallelamente è stato avviato il procedimento per verificare – a seguito di quanto affermato dalla aggiudicataria provvisoria in ordine alla perdita indotta dalla base d'asta (ammontante, a suo dire, a circa € 4004.516,50), tale da giustificare il ripianamento suggerito con il rimborso degli oneri di discarica – se la base d'asta potesse ritenersi definita correttamente, o se piuttosto fosse di per sé incongrua, con conseguente invalidità della gara espletata. Anche di tale avvio veniva data previa comunicazione alle due concorrenti.

A seguito di dette comunicazioni, la ATI DELTA-DELTA BIS ha ribadito di essere in grado di garantire il regolare svolgimento del servizio al prezzo proposto, mentre l'ATI ALFA-DDB ha proposto di rinunciare al corrispettivo relativo agli oneri di discarica.

In data 10 maggio 2004 il Consiglio di amministrazione della BETA a conclusione dei procedimenti avviati, recepite le valutazioni dell'ufficio tecnico in ordine alla congruità della base d'asta, ha pronunciato l'annullamento della aggiudicazione provvisoria nei riguardi della ATI capeggiata dalla ALFA, a causa della inammissibilità dell'offerta dalla stessa presentata, e, nel contempo, separatamente, ritenuto di dover confermare, per il resto la procedura ed i suoi esiti, ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI DELTA/DELTA BIS.

Dei provvedimenti in questione è stata data comunicazione alla attuale appellante con note dell'11 maggio 2004.

Ad esse ha fatto seguito ricorso giurisdizionale della ATI Gestur/DDB Ecologia, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, per l'annullamento della comunicazione di avvio del procedimento diretto all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione in suo favore, del successivo provvedimento di annullamento 11 maggio 2004 n. 335/04, motivato sulla base della natura

condizionata dell'offerta; nonché per la condanna della BETA s.p.a. al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, in forma equivalente.

Con motivi aggiunti l'impugnazione è stata poi estesa al provvedimento di aggiudicazione della stessa gara all'ATI DELTA SPURGHI/L'DELTA BIS.

Si è costituita nel giudizio la DELTA SPURGHI s.n.c. di DELTA Ruggero e DELTA Fabio, proponendo due successivi ricorsi incidentali, di cui il primo rinunciato, volti entrambi a contestare la legittimità della originaria ammissione alla gara della controinteressata e la valutazione della sua offerta da parte della Commissione giudicatrice.

Si è anche costituita in giudizio la stazione appaltante, resistendo all'impugnazione.

Per completezza espositiva occorre dire che l'ordinanza con la quale, nel primo grado del giudizio, è stata negata la misura cautelare, è stata, poi, riformata, in appello, dalla Sezione sulla considerazione che, ad un primo sommario esame doveva ritenersi sussistente la contraddittorietà fra le ragioni che avevano indotto la stazione appaltante a riesaminare la congruità della base d'asta e la decisione di confermarne la validità ed aggiudicare, pertanto, la gara alla seconda classificata, senza previa verifica della congruità della relativa offerta.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, con sentenza n. 3383/2005 della Sezione III, ha respinto ed, in parte, dichiarato inammissibile il ricorso principale ed i motivi aggiunti, al contrario accogliendo il II ricorso incidentale della controinteressata, contro l'ammissione alla gara della ricorrente in primo grado (previ presa d'atto della rinuncia al primo dei ricorsi incidentali proposti della medesima controinteressata ed accertamento della ricevibilità ed ammissibilità del secondo ricorso incidentale).

2. Avverso l'anzidetta sentenza è proposto l'appello in esame, con cui la ricorrente in primo grado, ribadita la natura definitiva della precedente aggiudicazione, sottopone a censura il procedimento logico attraverso cui si articola, la motivazione della sentenza, anche con riferimento alle domande incidentali della controinteressata e ribadendo le censure dedotte in primo grado, con motivi ed argomenti che possono essere così riassunti:

1) contrariamente a quanto ritenuto in sentenza, l'aggiudicazione comunicatale è definitiva e conclusiva del procedimento in assenza di una specifica disposizione che subordinasse il perfezionamento del rapporto alla stipulazione formale del contratto; d'altra parte, con la comunicazione dell'aggiudicazione ad opera del Presidente della società appaltante, si è perfezionato ex sé (a norma dell'art. 1326 c.c.) quell'accordo che aveva già visto espressa la volontà contrattuale della aggiudicataria tramite la sottoscrizione, per accettazione, da parte dell'offerente, del capitolato generale e di quello speciale oltre che della modulistica contrattuale; la nota di comunicazione, del resto, condizionava la stipula dell'atto formale esclusivamente alla verifica dei requisiti e non anche della validità dell'offerta; cosicché, pur non contestandosi il potere dell'amministrazione di esercitare il potere di autotutela, l'intervento demolitore sarebbe, nella specie, invalido, perché viziato da contraddittorietà e da violazione degli obblighi di buona fede e tutela dell'affidamento;

2) l'annullamento non poteva essere legittimamente disposto dal Consiglio di amministrazione, trattandosi di atto contrario, che doveva essere adottato dal medesimo organo che aveva proclamato l'aggiudicazione, o, in ogni caso, dal dirigente responsabile del procedimento; invero il giudice di primo grado avrebbe sorvolato sul problema, espressamente affrontato nel ricorso di primo grado, che l'annullamento dell'aggiudicazione costituisce, in ogni caso, la conclusione di una valutazione di natura tecnico-discrezionale, già affidata alla Commissione giudicatrice e che doveva essere svolto – in senso

contrario, ai fini dell'annullamento d'ufficio – dal medesimo organo incarico dalla stazione appaltante delle operazioni di gara;

3) nel ritenere invalida l'offerta, piuttosto che soltanto l'aggiudicazione, la sentenza sarebbe andata oltre i poteri di accertamento giurisdizionale assegnati al giudice di legittimità, perché avrebbe travalicato lo stesso contenuto del provvedimento emesso dalla stazione appaltante; peraltro, le considerazioni che hanno indotto la stazione appaltante a pronunciare l'annullamento falserebbero la natura dell'offerta della ATI aggiudicataria (al contrario correttamente considerate e valutate dalla Commissione giudicatrice) in quanto la richiesta di compenso (oltre quella coincidente con la base d'asta) non costituirebbe una inammissibile variante, quanto piuttosto un'offerta migliorativa pacificamente ammessa dalle norme di gara;

4) il giudice di primo grado avrebbe erroneamente assorbito il complesso delle censure di illogicità e contraddittorietà della decisione di salvare il procedimento conferendo l'aggiudicazione alla controinteressata, alle ragioni che avevano dato luogo all'avvio del procedimento di riesame (IV motivo), sull'erroneo convincimento della precedenza da accordare al ricorso incidentale della controinteressata, ai fini anche dell'accertamento sulla persistenza dell'interesse della ricorrente (V motivo); invero, non sarebbe stato tenuto nel debito conto l'interesse strumentale, e si sarebbe perso di vista che la stessa stazione appaltante aveva ritenuto "inquietante" il ribasso offerto e rilevante, invece, una miglioria indicata nel corso del procedimento di riesame;

5) infine, non poteva essere accolto il ricorso incidentale della controinteressata, dal momento che il mancato possesso della iscrizione all'albo nazionale delle imprese esercenti i servizi di gestione rifiuti da parte della ALFA non sarebbe stata di ostacolo alla ammissione alla gara del raggruppamento dalla stessa guidata, dal momento che in quanto il possesso del requisito da parte della mandante era in grado di coprire la generalità delle prestazioni principali; e, sotto differente profilo, non potrebbe essere negata né la capacità operativa della mandataria né la natura, anch'essa operativa delle prestazioni che la stessa si era impegnata a fornire.

In conclusione, la sentenza appellata meriterebbe di essere riformata, con accoglimento del ricorso di primo grado, ivi compresa la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, o, subordinatamente, per equivalente.

3. Costituitesi in giudizio le appellate, la causa (rinviata al merito l'esame dell'istanza cautelare) è stata chiamata alla pubblica udienza del 15 giugno 2007 e trattenuta in decisione.

## D I R I T T O

1. La controversia investe l'annullamento della aggiudicazione provvisoria di un appalto avente ad oggetto servizi di raccolta, ammasso e differenziazione dei rifiuti prodotti dal mercato ortofrutticolo di Milano e la conseguenziale aggiudicazione dell'appalto medesimo alla concorrente collocatasi al secondo posto in graduatoria.

Parte appellante rimette in discussione, in primo luogo, la legittimità dell'annullamento della aggiudicazione, che definisce definitiva, contro la natura provvisoria, attribuita dalla stazione appaltante e riconosciuta dal giudice di primo grado, e, subordinatamente, la legittimità della decisione di salvare la gara, aggiudicando l'appalto alla seconda classificata, piuttosto che procedere alla totale rinnovazione, con differente definizione della base d'asta, sulla cui congruità erano stati sollevati i dubbi che avevano suggerito il riesame amministrativo finalizzato alla rinnovazione della procedura su differente base che garantisse una maggiore partecipazione di concorrenti.

In tale ambito del contendere, si innestano censure che investono, con la sentenza impugnata, i provvedimenti e gli atti impugnati in primo grado, con riferimento, sia a pretesi vizi del procedimento di riesame, dalla fase di avvio alla sua conclusione, sia al giudizio reso dal giudice di primo grado sulla inammissibilità della attuale appellante alla selezione; giudizio formulato sul ricorso incidentale della controinteressata. Parallelamente sono proposte censure per quanto riguarda l'assenza di valutazione delle critiche formulate dalla ricorrente principale avverso l'ammissione alla procedura di detta controinteressata.

2.1. Riassunto nelle linee fondamentali l'oggetto del contendere, è in primo piano la premessa maggiore secondo cui, con il verbale del 24 febbraio 2004 e successivamente, con la nota del 2 marzo 2004, vi sarebbe stata definitiva aggiudicazione alla ATI appellante.

Si tratta di una premessa priva di giuridico fondamento.

2.2. La gara della quale si tratta è stata bandita da una società di capitali, che seppure tenuta all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, soggiace alla disciplina di diritto comune, per ciò che attiene il proprio assetto organizzativo e la potestà degli organi, nonché la formazione e l'esternazione della volontà gestionale, alla quale devono ricondursi l'approvazione degli atti della procedura di gara, posti in essere dalla Commissione appositamente nominata e l'espressione della volontà in sede di stipulazione del formale contratto di appalto.

In tale assetto manca lo spazio per una distinzione fra organi di governo ed organi di gestione, equiparabile, neanche nelle linee generali, all'assetto degli enti pubblici da cui vengono, mutate, sul punto, le indicazioni della parte appellante.

Chiarito ciò, non risulta che, nella specie, il complesso delle potestà di titolarità del Consiglio di amministrazione della società sia stato delegato, con riferimento al contratto di cui si tratta, alla Commissione di gara, o al responsabile del procedimento.

Al contrario, è chiaro, dai documenti in atti, che alla prima sono stati commessi soltanto compiti di natura tecnico-discrezionale, condizionati alla successiva approvazione della stazione appaltante, alla quale è stata pure riservata la stipulazione del contratto formale, senza lasciare spazio alla ipotesi di formazione dell'accordo contrattuale per mera accettazione, da parte del concorrente collocatosi al primo posto in graduatoria, delle clausole e condizioni fissate negli atti gara (capitolato generale e speciale).

Le norme speciali, configurano la procedura in funzione della scelta del contraente e non della formazione dell'accordo, che resta subordinato alla approvazione dell'esito della gara oltre che al controllo della stazione appaltante sugli atti posti in essere dalla Commissione ed a tutti gli ulteriori adempimenti richiesti all'aggiudicatario provvisorio.

La parola definitiva, spetta, dunque alla società che ha indetto la gara, alla quale, secondo le regole generali, competono anche eventuali ripensamenti circa la persistenza, in concreto, della volontà di contrarre, in presenza di sopravvenute, contrarie valutazioni di opportunità e convenienza (sia pure con i limiti derivanti dall'affidamento ingenerato nei partecipanti).

Tanto emerge, anche, come rilevato dalla resistente società, dalla prevista stipulazione del contratto formale sottoscritto da entrambe le parti (punto IV.2 del bando) e, come evidenziato nella sentenza appellata, dalla prescrizione di adempimenti successivi da parte dell'aggiudicatario provvisorio (prova dei requisiti; costituzione della deposito cauzionale in assenza del quale non poteva essere perfezionato il vincolo negoziale).

In concreto, non lascia supporre il contrario il tenore delle comunicazioni effettuate alla attuale appellante - la nota presidenziale del 2 marzo 2004 parla espressamente di aggiudicazione "provvisoria"; invita alla presentazione della "documentazione indispensabile per la stipulazione del relativo contratto"; avverte che, in ogni caso "l'aggiudicazione definitiva" resta "subordinata alla verifica della correttezza e della veridicità delle autodichiarazioni rese in fase di gara".

Quest'ultima avvertenza - che viene segnalata dalla parte appellante come autolimitativa dei poteri di verifica della stazione appaltante, e, comunque, come condizione meramente sospensiva di una volontà contrattuale già formatasi e destinata a produrre i propri effetti una volta che la documentazione fosse stata presentata - è indicativa, al contrario, della volontà della società committente di verificare compiutamente l'operato della commissione giudicatrice, e non soltanto la sussistenza o meno dei requisiti, sulla base della documentazione richiesta.

Correttezza e veridicità sono infatti espressioni onnicomprensive, che includono la rispondenza dell'offerta alle condizioni contrattuali definite tassativamente dalla stazione appaltante.

2.3. La questione deve essere, dunque, risolta sulla base del pacifico indirizzo giurisprudenziale che riconosce nell'aggiudicazione operata della commissione giudicatrice, sulla base della graduatoria dalla stessa formata, la natura di atto endoprocedimentale (Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006 n. 3851; Sez. V, 24 marzo 2006 n. 1525, Sez. VI 26 aprile 2005 n. 1885).

E' stato chiarito che l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica dei contratti della p.a. (nonché di un organismo privato tenuto ad operare con le regole dell'evidenza pubblica, come nel caso in esame), non è un atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, essendo diverso da quest'ultimo per soggetto, competenza, forma e contenuto e presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 02 settembre 2005, n. 4464).

3. Sulla base delle considerazioni che precedono, devono ritenersi infondati il primo ed il secondo motivo di appello..

4.1. Passando all'esame del III e IV motivo (che possono essere trattati congiuntamente) nessuno degli addebiti mossi alla sentenza impugnata ed all'operato della stazione appaltante appare fondato

4.2. In punto di fatto, l'impianto procedimentale evidenzia non soltanto il rispetto formale delle regole imposte all'azione amministrativa dalla normativa sul procedimento, ma anche la sostanziale salvaguardia degli interessi partecipativi sia dell'aggiudicatario provvisorio sia del secondo classificato, con riferimento all'annullamento dell'aggiudicazione e della stessa gara.

Pur non essendovi tenuta, la società ha comunicato alla attuale appellante l'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione e - prima di procedere in tal senso - l'avvio di un parallelo procedimento di annullamento della procedura in vista di una sua eventuale rinnovazione, comunicato anche alla seconda classificata.

Entrambi i procedimenti, distinti, ma interdipendenti - per essere state le patologie dell'offerta della prima classificata occasione di riflessione sulla legittimità ed opportunità degli importi a base d'asta fissati con il bando - dimostrano l'evidente intenzione della società appaltante di tenere nel debito conto le ragioni addotte dalla concorrente a giustificazione della propria offerta e di appurare se il vizio riscontrato non fosse dipeso da un'erronea impostazione delle condizioni contrattuali, non disgiunto dalla necessità di appurare la serietà dell'offerta al ribasso, praticata, al contrario, dalla seconda classificata.

4.3. La giurisprudenza amministrativa distingue, in tema di annullamento di aggiudicazione, l'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, da quella dell'annullamento di ufficio dell'aggiudicazione definitiva.

Anche recentemente è stato affermato che nella prima ipotesi non si richiede alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento, a differenza del secondo caso, nel quale il procedimento non può legittimamente espletarsi ed il provvedimento non può essere adottato senza la preventiva comunicazione di avvio, in ragione della posizione qualificata di vantaggio costituita in capo al titolare, dal provvedimento amministrativo (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4426).

Vero è che, di recente il legislatore ha avvertito l'esigenza che, nei procedimenti ad istanza di parte, l'interessato (piuttosto che essere previamente avvisato dell'avvio del procedimento) sia informato delle ragioni che si oppongono alla soddisfazione della sua pretesa.

Ma, come si è detto, nel caso in esame la società appaltante è andata oltre, in quanto ha consentito alla parte una piena partecipazione (previa comunicazione dell'avvio del procedimento) ed ha, a tal punto, tenuto conto delle sue osservazioni, da non pronunciarsi sulla aggiudicazione prima di avere appurato, sulla base di un'apposita istruttoria, se non ricorressero i presupposti per procedere all'annullamento radicale della procedura.

4.4. L'aver dato tanto spazio partecipativo all'aggiudicatario provvisorio non muta, peraltro, la natura del potere esercitato con l'annullamento della aggiudicazione, e non trasforma l'accertamento compiuto al riguardo in un "riesame" in senso tecnico.

L'atto annullato era ed è rimasto atto endoprocedimentale, il cui annullamento non partecipa né della natura né delle regole procedurali proprie degli atti di autotutela.

Ne consegue che - così come, a monte, non vi fosse alcun obbligo di comunicazione di avvio del procedimento - altrettanto, nessun obbligo vi era di valutare l'interesse pubblico specifico all'annullamento, diverso dal rispetto delle regole concorsuali, e di compararlo al sacrificio imposto all'amministrato.

Le censure mosse al riguardo dall'appellante sono dunque infondate, in diritto, e, d'altra parte, anche smentite, in fatto, dall'ampia enunciazione, da parte del Consiglio di amministrazione, delle ragioni che impedivano alla stazione appaltante di ritenere superabili i riscontrati profili di inammissibilità dell'offerta economica.

4.5. Sotto differente aspetto, dal momento che l'inammissibilità anzidetta costituisce la ragione dell'annullamento, non è comprensibile l'addebito mosso alla sentenza appellata per essersi pronunciata su tale punto, su cui si incentrava, del resto, la domanda di tutela del ricorrente in primo grado.

Invero, nessun giudizio può essere espresso sulla legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, se non accertando, nel caso in esame, se ricorressero o meno gli estremi di inammissibilità adottati dalla stazione appaltante.

Ed, oggettivamente, non può che essere confermato, in questa sede, che l'offerta economica dell'appellante, nel prevedere un compenso ulteriore, rispetto ai ribassi pari allo 0,00% degli importi a base di asta, per oneri di scarica non contemplati, come condizione essenziale di remuneratività, si è posta in contrasto con le previsioni contrattuali, sotto il duplice profilo della variante proposta e della condizione apposta all'offerta, entrambe espresse come elementi essenziali della volontà negoziale e, come tali idonei a vizziarla in radice, rendendo l'offerta stessa inammissibile.

5. La legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione, per una causa che implica di per sé l'esclusione dell'interessato dalla gara, è assorbente rispetto a tutti gli ulteriori motivi di appello, non potendosi riconoscere, in capo all'attuale appellante alcun interesse a vedere riformata la sentenza impugnata, né per il capo che, in accoglimento dell'appello incidentale, determina, per l'appellante, un arresto procedimentale anteriore alla valutazione delle offerte, né per gli ulteriori profili che mirano, sostanzialmente ad una totale rinnovazione della procedura.

Invero, incidentalmente, va detto che a questo stesso punto doveva anche arrestarsi l'accertamento di legittimità del giudice di primo grado, con assorbimento anche del ricorso incidentale del controinteressato, dal momento che, in linea di principio, il concorrente legittimamente escluso, non è titolare di un interesse residuo all'annullamento della procedura concorsuale, quale che sia il momento in cui si è verificato, per lui, l'arresto procedimentale.

La Sezione ha avuto modo di precisare che l'interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente legittimamente escluso per inidoneità dell'offerta si configura come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non avendo lo stesso una aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia preso parte e che si riprometta invece di concorrere alla seconda (Con.Stato, sez. V, 13 settembre 2005, n. 4692).

L'orientamento, apparentemente differente, espresso da questa stessa Sezione in sede di impugnazione dell'ordinanza che aveva negato, nel primo grado del presente giudizio, la tutela cautelare, si giustifica soltanto nell'ambito della sommaria deliberazione che è alla base del giudizio cautelare.

6. In conclusione, l'appello deve essere respinto e la sentenza di primo grado deve essere confermata, con le precisazioni che precedono.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dell'appellante ed in favore delle resistenti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe;

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio che liquida in complessivi € 6.000,00 (seimila/00) oltre IVA e CPA, come per legge, da ripartirsi in ragione di € 3.000,00 (tremila/00) in favore di BETA S.p.A. ed € 3.000,00 (tremila/00) in favore della ATI DELTA Spurghi S.n.c. e L'DELTA BIS soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante in carica;

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 Est 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

21/11/2007

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

p.IL DIRIGENTE

F.to Luciana Franchini

Ric. n. 8485/2005