Nella fase dell'aggiudicazione non possono essere inseriti criteri attinenti all'individuazione della capacità tecnica dell'impresa e , nella lettera di invito, non possono essere modificati i requisiti di partecipazione, in quanto, espletata la prequalificazione, sono ormai noti gli aspiranti concorrenti e i relativi requisiti

Merita di essere segnalato quanto espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 1434 del 31 marzo 2005:

<D'altra parte, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che sussiste una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, con la conseguenza che nella fase dell'aggiudicazione non possono essere inseriti criteri attinenti all'individuazione della capacità tecnica dell'impresa (V, 16 aprile 2003 n. 1993), e che, nella lettera di invito, non possono essere modificati i requisiti di partecipazione, in quanto, espletata la prequalificazione, erano ormai noti gli aspiranti concorrenti e i relativi requisiti V, 10 giugno 2002 n. 3205). Ed è stato chiarito che mutamenti nella composizione del soggetto che ha preso parte alla fase della prequalificazione sono ammessi, nella fase dell'aggiudicazione, a condizione che essi non siano tali da incidere sul possesso dei requisiti siccome valutati nella fase della prequalificazione (IV, 14 luglio 2004 n. 5094; e contrario: V, 18 ottobre 2001 n. 5511 e 16 novembre 1998 n. 1613). E' stato addirittura ritenuto (V, 8 settembre 2001 n. 4683) che l'impresa che, in sede di prequalificazione, non abbia indicato, come richiesto, espressamente e correttamente alcuni lavori, sebbene eseguiti, non può ovviare a tale omissione e provare il possesso dei requisiti con successiva indicazione degli stessi.

Le richiamate pronunce presuppongono, sul piano sistematico, una sostanziale continuità tra la fase della prequalificazione e la fase della valutazione delle offerte nel merito e della conseguente aggiudicazione della gara, sicché risulta confermata l'illegittimità dell'ammissione a tale seconda fase di un soggetto che non abbia preso parte alla fase della prequalificazione o che sia risultata inidonea all'esito della stessa>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5805 del 2004, proposto dalla società ***, in personale del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Leopoldo Di Bonito e Carlo Sarro, domiciliato in Roma, presso lo studio degli stessi in Roma, Piazza di Spagna 35;

c o n t r o

il Ministero della difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma, via dei Portoghesi n.12;

e nei confronti

della società *** s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea e Luigi Manzi, domiciliata in Roma, via F. Confalonieri 5, presso lo studio Manzi

e della società *** a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo de Camelis e Andrei Loranti, domiciliata in Roma presso il primo, via Azuni 9

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, I, 6 maggio 2004 n. 3845

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli appellati;

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

Visto il dispositivo di sentenza n.38/05;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 gennaio 2005 il Consigliere Filippo Patroni Griffi;

Udito l'Avv. Rella su delega dell'Avv. Sarro, l'Avvocato dello Stato Cosentino, l'Avv. Di Mattia su delega dell'Avv. L.Manzi e l'Avv. De Camelis;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Ministero della difesa ha indetto una procedura ristretta per l'aggiudicazione della fornitura di otto idropultrici. All'esito della gara, è risultata aggiudicataria la società ***; seconda classificata è risultata la società ***, terza classificata la società ***.

Quest'ultima ha impugnato l'aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il quale, con la sentenza in epigrafe, lo ha accolto.

Il primo giudice, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse sollevata dall'aggiudicataria, ha ritenuto fondata la censura con la quale si denunciava l'illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria ***, rimasta estranea alla fase di prequalificazione finalizzata all'accertamento dei requisiti di natura soggettiva, alla successiva fase di presentazione dell'offerta.

Propone appello la società ***, che insiste sull'eccezione di inammissibilità del ricorso originario.

Resisto le appellate.

All'udienza del 25 gennaio 2005, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'appello è infondato.

Con il secondo motivo –che, attenendo a un profilo di dedotta inammissibilità del ricorso, va esaminato per primo- la società appellante assume che la società ***, risultando terza in

graduatoria, non abbia interesse a contestare il risultato della gara, in particolare sotto il profilo dell'ammissione alla stessa della prima graduata, divenuta aggiudicataria.

La tesi non può essere condivisa.

Ai fini dell'interesse all'impugnazione del risultato di una gara non è necessario che la ricorrente dimostri che all'annullamento della procedura consegue automaticamente l'aggiudicazione della gara a essa ricorrente, dovendosi per contro ritenere che sia all'uopo sufficiente l'interesse strumentale alla riedizione del potere, da cui deriva alla parte ricorrente una possibilità di esito positivo (Cons. Stato, V, 3 marzo 2001 n. 1234; Cons. giust. amm. N. 408 del 2002).

Nel caso in esame –come esattamente rilevato dal Tribunale amministrativo- all'annullamento della partecipazione alla gara della *** consegue, col venir meno dell'aggiudicazione, che il procedimento amministrativo riprenda dall'esame dell'offerta della società ***, seconda graduata, il cui esame dell'anomalia –peraltro denunciata dalla *** nel ricorso originario, notificato anche alla detta società- non è stato effettuato dalla commissione in considerazione dell'aggiudicazione alla società ***.

Né può convenirsi con quanto sembra assumere l'appellante (pag. 10 e, soprattutto, 12), che tale esame sia stato ritenuto superfluo, in quanto l'offerta ***, che presentava uno sconto inferiore alla ***, sarebbe stata considerata implicitamente congrua in conseguenza della riscontrata esclusione dell'anomalia dell'offerta ***.

La lettura degli atti e considerazioni di ordine logico inducono la Sezione a ritenere che la commissione non abbia proceduto ad alcun esame, in termini di anomalia, dell'offerta ***, per il semplice fatto che, esclusa l'anomalia dell'offerta ***, la gara è stata aggiudicata a quest'ultima, sicché nessuna ulteriore attività procedimentale sarebbe stata utile. Appare quindi una forzatura l'assunto dell'appellante secondo cui la valutazione dell'anomalia riferita all'offerta *** avrebbe implicitamente comportato l'esame, la valutazione e l'esclusione dell'anomalia anche relativamente all'offerta ***; e ciò dopo che la gara risultava ormai aggiudicata alla prima classificata.

E' invece coerente e logico ritenere che, aggiudicata la gara, la commissione non abbia intrapreso la valutazione di altre offerte, proseguendo un procedimento oramai conclusosi con l'aggiudicazione.

3. Quanto al merito del gravame, è da ritenere infondato il primo motivo (il che rende superfluo l'esame del terzo mezzo di impugnazione, che in realtà costituisce mera controdeduzione a censura contenuta nel ricorso originario).

Il Tribunale amministrativo ha ritenuto che, avendo l'amministrazione suddiviso la gara in due fasi, la prima volta all'accertamento dei requisiti in capo a coloro che avevano presentato istanza di partecipazione entro un dato termine (cd. prequalificazione) e la seconda finalizzata alla valutazione delle offerte, sia illegittima l'ammissione alla fase della valutazione delle offerte di un'impresa che sia rimasta estranea alla prima fase di prequalificazione.

La tesi merita di essere condivisa ed è coerente con l'indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato (V, 17 febbraio 1999 n. 166).

L'amministrazione, come si evince dal bando, ha suddiviso la gara in due fasi: nella prima, sono presentate le domande di partecipazione entro un dato termine ed è accertato il possesso dei requisiti di ordine soggettivo in capo alle istanti; nella seconda, si svolge, secondo le modalità procedurali contenute nella lettera di invito, l'esame delle offerte.

Così strutturata la gara, è giocoforza ritenere che alla seconda fase non possano essere invitate né comunque partecipare imprese che non abbiano preso parte, nei termini indicati dal bando, alla fase della prequalificazione.

Una diversa conclusione altererebbe il principio della par condicio e renderebbe sostanzialmente inutile la prima fase che, proprio per la procedimentalizzazione e la formalizzazione che ne fa il bando, non può essere considerata –come vorrebbe l'appellante- alla stregua di una mera indagine esplorativa.

D'altra parte, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che sussiste una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, con la conseguenza che nella fase dell'aggiudicazione non possono essere inseriti criteri attinenti all'individuazione della capacità tecnica dell'impresa (V, 16 aprile 2003 n. 1993), e che, nella lettera di invito, non possono essere modificati i requisiti di partecipazione, in quanto, espletata la prequalificazione, erano ormai noti gli aspiranti concorrenti e i relativi requisiti (V, 10 giugno 2002 n. 3205). Ed è stato chiarito che mutamenti nella composizione del soggetto che ha preso parte alla fase della prequalificazione sono ammessi, nella fase dell'aggiudicazione, a condizione che essi non siano tali da incidere sul possesso dei requisiti siccome valutati nella fase della prequalificazione (IV, 14 luglio 2004 n. 5094; e contrario: V, 18 ottobre 2001 n. 5511 e 16 novembre 1998 n. 1613). E' stato addirittura ritenuto (V, 8 settembre 2001 n. 4683) che l'impresa che, in sede di prequalificazione, non abbia indicato, come richiesto, espressamente e correttamente alcuni lavori, sebbene eseguiti, non può ovviare a tale omissione e provare il possesso dei requisiti con successiva indicazione degli stessi.

Le richiamate pronunce presuppongono, sul piano sistematico, una sostanziale continuità tra la fase della prequalificazione e la fase della valutazione delle offerte nel merito e della conseguente aggiudicazione della gara, sicché risulta confermata l'illegittimità dell'ammissione a tale seconda fase di un soggetto che non abbia preso parte alla fase della prequalificazione o che sia risultata inidonea all'esito della stessa.

L'appellante richiama la giurisprudenza, anche di questo Consiglio di Stato, che consente alla stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti di ordine soggettivo in capo alla partecipante a una gara anche nella fase della presentazione delle offerte, ancorché tale verifica sia stata già effettuata nella fase della preselezione.

Il richiamo al principio non è pertinente, in quanto la giurisprudenza in parola si limita a consentire all'amministrazione di verificare la persistenza dei requisiti di ordine soggettivo in capo ai partecipanti alla gara, ma nulla dice sulla possibilità di partecipare alla gara di soggetti rimasti estranei alla fase della prequalificazione.

4. Alla stregua delle svolte considerazioni l'appello deve essere respinto, con la conferma della sentenza del tribunale amministrativo.

Le spese del presente grado seguono, come di regola, la soccombenza e vanno poste a carico dell'appellante nella misura indicata in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, rigetta l'appello e conferma la sentenza del Tribunale amministrativo.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore delle appellate, delle spese del secondo grado, che liquida complessivamente in cinquemila euro, oltre IVA e CAP.

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

Così deciso in Roma, addì 25 gennaio 2005, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in camera di consiglio DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 31 marzo 2005