



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 9640 del 2008, proposto da:

Consorzio stabile "Valori" s.c. a r.l. in persona del legale rappresentante e da Maccagnano Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avv.ti Michele Didonna e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso l'avv. Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento n. 11;

***contro***

Comune di Bari in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Rossana Lanza e Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni n. 37; Dirigente Ripartizione contratti e appalti del Comune di Bari;

Agenzia delle Entrate - Ufficio di Roma 2 – in persona del legale rappresentante, non costituita in questo grado del giudizio;

***nei confronti di***

Impresa Ing. Giovanni Volpe scavi restauri archeologici s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Moretti, con domicilio eletto presso l'avv. Michela Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni n. 288;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n. 02249/2008, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per lavori di recupero - risarcimento danno

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2012 il Cons. Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Pellegrino, per delega dell'avvocato Gianluigi Pellegrino, e Ciociola, per delega degli avvocati Lanza e Cioffi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Bari indiceva una procedura per l'affidamento dei lavori di recupero e valorizzazione delle urbanizzazioni primarie della città vecchia.

La gara era aggiudicata provvisoriamente al Consorzio Stabile Valori s.c. a r.l..

In sede di verifica dei requisiti del Consorzio e delle due imprese consorziate, designate quali esecutrici dei lavori, Maccagnano s.r.l. e MA.RA.G. s.r.l., tutti autodichiarati in data 2 novembre 2006, emergeva che la Maccagnano s.r.l. versava in situazione di irregolarità fiscale avendo certificato, l'Agenzia delle Entrate Roma 2, l'esistenza di accertamenti definitivi a suo carico, giusta cartelle esattoriali notificate il 24 gennaio 2006.

In forza di detta certificazione l'amministrazione adottava il provvedimento dirigenziale prot. 2007/100/00112 del 4 aprile 2007 avente ad oggetto l'esclusione del Consorzio Valori s.c. a r.l. con conseguente decadenza dall'aggiudicazione provvisoria e nuova aggiudicazione provvisoria in favore della s.r.l. Ing. Giovanni Volpe Scavi Restauri Archeologici, nonostante la Maccagnano s.r.l. avesse autocertificato di non aver ricevuto notificazione di alcuna cartella esattoriale.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 550/08, il Consorzio stabile "Valori" s.c. a r.l. e Maccagnano Costruzioni s.r.l. impugnavano la determinazione prot. 2007/100/00112 del 4 aprile 2007, chiedendo anche il risarcimento del danno.

Con motivi aggiunti estendevano l'impugnazione alla determinazione del Dirigente della Ripartizione contratti e appalti del Comune di Bari prot. 2007/100/00129 del 23 aprile 2007 di aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa controinteressata, all'eventuale contratto di appalto medio tempore stipulato con l'aggiudicataria e ad ogni altro atto connesso comunque lesivo.

Le ricorrenti deducevano i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 38, lett. G), del d. lgs. 163/2006 per aver considerato "definitivi" accertamenti avvenuti con cartelle mai notificate;
- 2) violazione degli artt. 34 e 38 del d. lgs. 163/2006, per aver escluso l'intero gruppo rappresentato dal Consorzio anziché la sola consorziata Maccagnano s.r.l.;
- 3) nullità del provvedimento per assenza di sottoscrizione.

Con ricorso incidentale la controinteressata s.r.l. Ing. Giovanni Volpe scavi restauri archeologici impugnava, tra l'altro, il medesimo provvedimento deducendo la violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, dell'art. 75 del D.P.R. 554/1999 e degli artt. 75 e 76 del D.P.R. 445/2000 per non aver l'amministrazione escluso il Consorzio Stabile Valori nonostante fosse emerso che la Maccagnano s.r.l., alla data del 2 novembre 2006, di autodichiarazione di regolarità contributiva, non fosse in regola con i versamenti alla Cassa Edile di Sassari avendo versato, gli importi con scadenza al 31 ottobre 2006, in data 8 novembre 2006, sebbene con valuta 31 ottobre, circostanza che avrebbe dovuto determinare l'esclusione del Consorzio dalla gara, sia per irregolarità contributiva, non essendo possibile la regolarizzazione postuma di siffatte irregolarità, sia per dichiarazione mendace.

La contro interessata eccepeva anche la tardività nel deposito dei motivi aggiunti.

Con la sentenza in epigrafe, n. 2249 in data 29 settembre 2008, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, accoglieva il ricorso incidentale, per l'effetto, dichiarando in parte improcedibile (quanto all'azione di annullamento), ed in parte respingendo (quanto alla domanda risarcitoria), il ricorso principale.

Il TAR, riassunti i fatti di causa, esaminava preliminarmente, accogliendola l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti sollevata dalla controinteressata.

Al riguardo osservava che

*E' principio consolidato in giurisprudenza che l'art. 21, l. Tar, laddove prevede che il deposito del ricorso deve*

*avvenire entro trenta giorni dall'ultima notifica, si riferisce alle notifiche necessarie ai fini dell'integrità del contraddittorio e non a quelle meramente facoltative o fatte dal ricorrente ad abundantiam, perché diversamente sarebbe in potere della parte prolungare a proprio arbitrio il termine per il deposito del ricorso; pertanto, una notifica non prescritta dalla legge è inidonea ad impedire la scadenza del termine di trenta giorni per il deposito del ricorso, che decorre dall'ultima notifica utile (Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835).*

*Alla stregua di tale principio, nel caso di specie, l'ultima notificazione "necessaria" dei motivi aggiunti è avvenuta l'11 maggio 2007.*

*Pertanto, in considerazione dell'ormai consolidato orientamento di questa Sezione, il deposito dei motivi aggiunti deve ritenersi tardivo (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 settembre 2008, n. 2071; id. 4 settembre 2008, n. 2061; id. 26 giugno 2008, n. 1553; anche Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 949).*

*L'irricevibilità dei motivi aggiunti, con cui si impugna l'aggiudicazione definitiva, comporta l'improcedibilità del ricorso principale.*

Osservava ancora il TAR che

*..... Il ricorso principale, inoltre, deve ritenersi comunque improcedibile quanto alla domanda di annullamento.*

*Ragioni di ordine logico impongono, infatti, di dare precedenza all'esame del ricorso incidentale atteso che vi si prospetta un motivo di invalidità dell'atto impugnato che è in grado di "paralizzare" l'esame del ricorso principale.*

*Riteneva fondato il ricorso incidentale in quanto dall'esame della documentazione versata in atti risulta, in modo incontrovertibile, che alla data della autodichiarazione, 2 novembre 2006, la consorzziata Maccagnano s.r.l. non era in regola con la posizione contributiva verso la Cassa Edile di Sassari, .....La fondatezza del ricorso incidentale preclude l'esame del ricorso principale relativamente alla domanda di annullamento, stante la carenza di interesse delle ricorrenti ad una pronuncia nel merito dalla quale non potrebbero trarre alcuna utilità. Peraltro il Collegio nutre seri dubbi sulla fondatezza del ricorso principale considerato che il legale rappresentante della Maccagnano s.r.l. non poteva non sapere, attesa la trasformazione avvenuta per atto notarile, che la società da lui amministrata era lo stesso soggetto fiscale precedentemente denominato SI.GE.AM. s.r.l., sicché l'uso della normale diligenza gli avrebbe consentito, mediante una semplice interrogazione per codice fiscale all'anagrafe tributaria, di verificare le pendenze fiscali a carico della sua società ed attivarsi per eliminarle. Tanto, a prescindere dallo scrutinio sulla validità o meno delle singole notifiche, che investe un aspetto meramente formalistico, in considerazione della ratio sottesa alla disciplina delle procedure di gara, in punto di regolarità fiscale e di autodichiarazioni, che non è quella di imporre "rituali" meramente formalistici e fini a se stessi bensì quella, di portata sostanziale, di garantire alla P.A., nel rispetto della par condicio dei soggetti competitori, la scelta del contraente più serio ed affidabile.*

*..... Deve, invece, essere respinta la domanda risarcitoria poiché infondata.*

2. Avverso la predetta sentenza Consorzio stabile "Valori" s.c. a r.l. e Maccagnano Costruzioni s.r.l. propongono il ricorso in appello in epigrafe, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Bari e l'Impresa Ing. Giovanni Volpe scavi restauri archeologici s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 26 giugno 2012.

3. Il ricorso di primo grado, laddove le odierne appellanti hanno contestato la loro esclusione dalla gara d'appalto di cui al punto 1 che precede, nonché la conseguente decadenza dall'aggiudicazione provvisoria disposta nei loro

confronti, deve essere dichiarato improcedibile in quanto l'interesse all'autonomo annullamento di tali atti è venuto meno a seguito dell'intervento dell'aggiudicazione definitiva, irritualmente impugnata (deposito tardivo dei motivi aggiunti)..

Il Collegio condivide gli orientamenti giurisprudenziali secondo cui

- da un lato l'aggiudicazione provvisoria, come pure la decadenza da essa, costituiscono atti endoprocedimentali la cui impugnazione costituisce mera facoltà e non obbligo, mentre la definitiva lesione dell'interesse di chi aspira alla stipula del contratto viene leso solo dall'aggiudicazione definitiva, che deve necessariamente essere impugnata (da ultimo, C. di S., V, 31 gennaio 2012, n. 467; VI, 26 febbraio 2011, n. 5367);

- dall'altro, almeno sotto il profilo dell'annullamento, il ricorso ritualmente proposto contro la esclusione diviene improcedibile per difetto di interesse, in caso di mancata rituale impugnazione della aggiudicazione definitiva (cfr.C.S.26 novembre 2008, n. 5845)

Le appellanti contestano la tardività (ritenuta dal TAR) del deposito dei motivi aggiunti di primo grado, facendo decorrere il relativo termine dall'ultima notifica effettuata, rivolta all'Avvocatura dello Stato, mentre le parti resistenti sostengono che tale notifica è ultronea rispetto all'oggetto del giudizio, per cui il suddetto termine decorre dalla notifica precedente.

Il Collegio condivide la tesi delle parti resistenti.

La presente controversia non si basa sull'impugnazione di alcun atto dell'Amministrazione dello Stato.

La notifica all'Avvocatura riveste quindi una funzione meramente notiziale, finalizzata a far partecipare l'Amministrazione dello Stato di una controversia nella quale si discute, fra l'altro dell'interpretazione e della corretta applicazione di suoi atti.

Di conseguenza, parti necessarie del giudizio sono solo le Amministrazioni i cui atti sono stati impugnati in vista del loro annullamento, e solo queste hanno diritto a che la situazione di incertezza circa l'efficacia dei loro atti non duri oltre i termini di decadenza stabiliti dalla legge proprio a presidio della stabilità e della certezza dei rapporti amministrativi.

L'impugnazione proposta con i motivi aggiunti è stata dunque correttamente dichiarata improcedibile da TAR (cfr. al riguardo, in un quadro giurisprudenziale consolidato, che esclude la scusabilità dell'errore, C.S, VI,22 novembre 2006, n. 6855 e V, 26 gennaio 2011, n. 538).

Né vale ad attribuire alla Amministrazione statale la qualità di parte necessaria l'affidamento alla Agenzia delle entrate di compiti istruttori.

4. Le appellanti sostengono che l'interesse all'originaria impugnazione permane, nonostante l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, perché la sua illegittimità comporta la possibilità di agire per il risarcimento del danno subito.

La questione, che coinvolge l'interpretazione dei principi dettati dall'Adunanza plenaria con sentenza n. 3/2011, può essere superata in quanto le argomentazioni proposte dall'appellante non consentono di riformare la sentenza di primo grado nella parte in cui, in accoglimento di ricorso incidentale di controparte, è stato ritenuto che l'appellante doveva comunque essere esclusa dalla gara.

Il primo giudice, con argomentazioni condivisibili, si è così espresso:

*“Dall'esame della documentazione versata in atti risulta, in modo incontrovertibile, che alla data della autodichiarazione, 2 novembre 2006, la consorziata Maccagnano s.r.l. non era in regola con la posizione contributiva verso la Cassa Edile di Sassari, avendo versato gli importi con scadenza 31 ottobre solo in data 8 novembre 2006. A carico della predetta consorziata, pertanto, l'amministrazione avrebbe dovuto rilevare la duplice violazione dell'obbligo di regolarità contributiva e dell'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere con la*

*conseguenza, inevitabile poiché vincolata ai sensi della lex specialis di gara e della normativa di settore, che avrebbe dovuto procedere senz'altro all'esclusione del Consorzio Stabile Valori s.c. a r.l. prima ancora di procedere alla verifica degli ulteriori requisiti.*

*Osserva il Collegio che la regolarità contributiva e fiscale per la partecipazione alla selezione per l'aggiudicazione di un appalto viene richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara; pertanto, non può avere valenza la regolarizzazione spontanea del debito relativo successiva alla data di autodichiarazione di correttezza contributiva ( T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 8 novembre 2005, n. 4740) e che è opinione largamente condivisa in giurisprudenza che costituisca in sé motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dalla concorrente, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità contributiva, sia risultata non veritiera (in tal senso T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 11 settembre 2007, n. 2009).*

*La fondatezza del ricorso incidentale preclude l'esame del ricorso principale relativamente alla domanda di annullamento, stante la carenza di interesse delle ricorrenti ad una pronuncia nel merito dalla quale non potrebbero trarre alcuna utilità.*

Osserva il Collegio che la tesi seguita dal Tribunale amministrativo è in particolare conforme all'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria con sentenza n.8 del 2012, secondo il quale l'assenza del requisito della regolarità contributiva, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, comporta l'esclusione del concorrente, che non può avvalersi di una successiva regolarizzazione della sua posizione.

L'orientamento appena riassunto si attaglia alla presente fattispecie nella quale l'odierna appellante ha violato un obbligo contributivo e solo dopo lo scadere del termine per la presentazione delle domande di partecipazione al procedimento ha provveduto alla regolarizzazione.

Di conseguenza, alla data predetta l'appellante non era in possesso del requisito di partecipazione di cui ora si tratta.

Deve in conclusione, essere confermato l'assunto del Tribunale amministrativo, il quale in accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria ha dichiarato improcedibile il ricorso dell'odierna appellante.

Alla declaratoria dell'improcedibilità del gravame, secondo un profilo che esclude la legittimazione dell'odierna appellante ad aggiudicarsi il contratto, segue il rigetto della domanda risarcitoria. In quanto *“l'acclarata obbligatorietà della esclusione del Consorzio dalla gara nega in radice la sussistenza del fatto colposo dell'amministrazione così come non consente di configurare un qualsivoglia “danno ingiusto” a carico delle ricorrenti”* in quanto *“ la domanda risarcitoria avanzata nel giudizio amministrativo soggiace a tutte le regole sostanziali e processuali applicabili in sede civile. Ne discende che incombe sulla parte istante la prova sia dell'an debeat, consistente nella dimostrazione del danno, dell'ingiustizia dello stesso, del nesso di causalità e della colpevolezza del danneggiante secondo la clausola generale fissata nell'art. 2043 c.c., sia del quantum debeat, ossia dell'ammontare del danno.*

*In particolare, nell'ipotesi di danno derivante da mancata aggiudicazione di una gara, l'accoglimento della domanda postula che, sotto il profilo oggettivo, il ricorrente abbia dimostrato che, in assenza dell'illegittimo agire della P. A., avrebbe ottenuto l'aggiudicazione; sotto il profilo soggettivo, oltre addurre l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa, abbia dimostrato che si sia trattato di errore inescusabile (in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114).*

*Mancando, nel caso di specie, la dimostrazione di tutti gli indicati presupposti, la domanda risarcitoria deve essere respinta.”*

Atteso che il Collegio condivide le esatte argomentazioni svolte dal primo giudice la sentenza di primo grado deve essere confermata anche nella parte in cui respinge la pretesa risarcitoria.

4. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 9640/08, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le appellanti, in solido al pagamento di spese ed onorari del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) in favore del Comune di Bari e nella stessa somma in favore di Impresa Ing. Giovanni Volpe scavi restauri archeologici s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)